Die successive Berufung zur Erbschaft

nach dem BGB.

im Vergleich zu dem gemeinen Rechte.

Inauguraldissertation

zur

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOCTORWÜRDE

der

Juristenfacultät zu Rostock i./M.

vorgelegt

von

MARTIN MARCUSE

Referendar im Bezirk des Königlichen Kammergerichts

zu Berlin.

Berlin 1903.

Druck von Alfred Unger, Berlin C.

Spandauer-Strasse 48.

Die successive Berufung zur Erbschaft

nach dem BGB.

im Vergleich zu dem gemeinen Rechte.

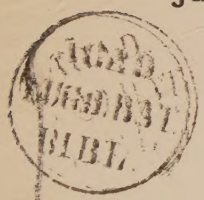
Inauguraldissertation

zur

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOCTORWÜRDE

der

Juristenfacultät zu Rostock i./M.



vorgelegt

von

MARTIN MARCUSE

Referendar im Bezirk des Königlichen Kammergerichts zu Berlin.

1903.

Druck von Alfred Unger, Berlin C.
Spandauer-Strasse 48.

Meiner lieben Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552725_0008

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Kapitel: Begriff und Voraussetzung.

1. Die Berufung zur Erbschaft im gemeinen Rechte und im BGB. § 1 1
2. Was bedeutet eine successive Berufung? § 2 . . . 3
3. Voraussetzungen:
   a. Gemeines Recht. § 3 4
   b. BGB. § 4 6

II. Kapitel: Die successive Berufung im gemeinen Rechte.

1. Geschichte. § 15 12
2. Die Novelle 118 und die successive Berufung. § 6 . 15
3. Rechtliche Natur der successiven Berufung des gem. Rechts. § 7 22

III. Kapitel: Die successive Berufung im BGB.

1. Die successive Berufung nach erfolgter Erstberufung.
   a. Rechtliche Natur. § 8 28
   b. Die Intestaterbfolge. § 9 36
   c. Testamentarische Erbfolge. § 10 42
   d. Der Fall des § 1952 Abs. 3. § 11 50
   e. Wirkungen des successiven Erbanfalls:
      aa. Annahme und Ausschlagung. § 12 . . . 55
      bb. Stellung der successiv berufenen gegenüber dem bisherigen Erben. § 13 60
2. Die Nacherbfolge.
   a. Universalfideikommiss u. Pupillarsubstitution. § 14 67
   b. Wesen der Nacherbfolge. § 15 69
   c. Der Nacherbe. § 16 74
   d. Stellung des Nacherben gegenüber dem Vorerben § 17 76

Litteraturverzeichnis.

1. Arndts von Arnesberg, Lehrbuch d. Pandekten. 13. Aufl. 1886.
2. Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem BGB. 1901.
3. Boehm, Das Erbrecht des BGB. 2. Aufl. 1900.
4. Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. 1886.
5. Bruns, Fontes
6. Büchel, Streitfragen aus der Novelle 118. 1839.
7. Corpus juris civilis, Ed. Krüger, Mommsen, Schöll.
8. Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1901.
9. Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts I. 1900.
10. Dernburg. Pandekten. 5. Aufl. 1897.
11. Dernburg, Preussisches Privatrecht. 2. Aufl. 1881.
12. Eck, Die Stellung des Erben, Berlin 1890.
13. Ehlers, Successio graduum und jus accrescendi. Bonner Inaug. Diss. 1890.
14. Endemann, Einführung in das Studium d. BGB. 5. Aufl. 1899.
15. Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht 1899.
16. Fischer-Heule BGB. 3. Auflage 1899.
17. Fitting, Zur Lehre vom Anwachsungsrecht; im Archiv für die civ. Praxis, Band 57, S. 149 ff.
18. Francke, Beiträge zur Erläuterung einiger Rechtsmaterien 1828.
19. Frommhold, Commentar zum Erbrecht 1898—1900.
20. Gai, Institutiones, Ed. Studemund 1891.
21. Gierke, Deutsches Privatrecht I 1895.
22. Glück, Intestaterbfolge, 2. Aufl. 1822.
23. Glück, Erläuterungen der Pandekten.
24. Goldmann-Lilienthal, Das BGB. 1898.
25. Gruchot, Preussisches Erbrecht, 1865.
26. Hachenburg, Die Einsetzung eines Nacherben, 1895.
27. Hachenburg, Das BGB., Vorträge, 2. Aufl. 1899.
28. Hellmann, In der krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 29 S. 212.
29. Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900.

30. v. Helmolt, Das Accreszenzrecht u. d. Successio graduum, 1855
31. Heymann, Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts, 1896.
32. Hofmann, Kritische Studien im römischen Rechte, 1885.
33. Hunger, Das römische Erbrecht, 1834.
34. Köppen, Lehrbuch des Erbrechts, 1886—95.
35. Kohler, Stammeinheit und Nachberufung im Archiv für die civ. Praxis, Bd. 59 S. 87ff.
36. Krieg, Delation der Erbschaft im Falle einer Totgeburt, 1875.
37. Leonhard, Versuch einer Entscheidung der Streitfrage über den Vorzug der Successio graduum vor dem Accreszenzrechte, 1874.
38. Leonhard, Der Erbschaftsbesitz, 1899.
39. Löbenstern, Erörterung einiger Rechtsfragen aus dem Gebiete des Erbrechts in Linde's Zeitschrift Bd. 9 S. 198ff.
40. Matthias, Lehrbuch des BGB. 3. Aufl., 1900.
41. Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB., 1900.
42. Merkel, Die Lehre von der Successio graduum unter Intestaterben, 1876.
43. Meyer, Das Erbrecht des BGB. 1901.
44. Motive zum ersten Entwurf, 2. Aufl., 1896.
45. Oertmann, In der civilistischen Rundschau im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 14, Bd. 15.
46. Planck-Rittgen, Commentar des Erbrechts, 1899ff.
47. Protokolle der Commission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB., 1899.
48. Puchta, Pandekten, 12. Aufl., 1876.
49. Regelsberger, In der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 17, S. 265 ff.
50. Rüger, Aus dem Erbrecht des BGB. Sonderabdruck aus dem Sächsischen Archiv, 1902, S. 411ff.
51. Salinger, Die Nacherbfolge nach dem BGB.; im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 138ff.
52. v. Savigny, System des römischen Rechts, Bd. VIII. 1849.
53. Scherer, Erbrecht, 1900.
54. Schindlbeck, Erbunwürdigkeit nach dem BGB., Erlanger Inaug. Diss. 1899.
55. Schirmer, Handbuch des römischen Erbrechts, I, 1863.
56. Schultze, in Iherings Jahrbüchern 2. Folge, Bd. VII, S. 1ff.
57. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 1869.
58. v. Staudinger, Commentar zum BGB. Erbrecht, erläutert von Herzfelder, 1899ff.

59. Strohal, Transmission pendente conditione 1879.
60. Strohal, Das deutsche Erbrecht. 2. Aufl. 1901.
61. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. 1876.
62. Wilke, Commentar des Erbrechts 1900.
63. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. bearbeitet von Kipp, 1898ff. Die Citate für das BGB. sind unter Kipp angegeben.
64. Zimmermann, Zur Revision der Lehre von der Indignität im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, 3. Folge, Bd. I, S. 355ff.

Die Werke sind, soweit dies, ohne der Deutlichkeit zu schaden, möglich war, nur mit den Namen der betreffenden Autoren citiert.

I. Kapitel.

Begriff und Voraussetzungen.

§ 1.

Die Berufung zur Erbschaft im gemeinen Recht und im BGB.

Berufung zur Erbschaft ist die einer bestimmten Person von der Rechtsordnung erteilte Berechtigung, Erbe zu sein. Es ist dies ein bildlicher Ausdruck, der auch in den Quellen vielfach gebraucht wird — *Vocare*[1]) — es ergeht gleichsam von Seiten des Rechts an den Berechtigten die Aufforderung, der Ruf, Erbe zu sein. — Zur Erbfolge berufen entweder das Gesetz oder der letzte Wille des Erblassers; diese beiden Berufungsgründe sind im BGB. in den §§ 1924 bis 1936 (Intestaterbfolge) und in den §§ 1937, 1941 in denen den Erblassern das Recht eingeräumt ist, durch einseitige Verfügung oder durch Vertrag ein Erbe zu bestimmen, anerkannt. Bei dieser letzten Art der Berufung wird vielfach auch schon vor dem Tode des Erblassers von einer Berufung eines Erben gesprochen, indessen ist dies keine Berufung im technischen Sinne, eine Erbschaft und ein Erbe sind

[1]) *Windscheid* III S. 183 vgl. die dort angeführten Stellen.

doch vor dem Erbfall noch garnicht vorhanden, wir sehen also im Folgenden von dieser untechnischen Berufung vollkommen ab.[1]) Die beiden Berufungsgründe, Gesetz und letzter Wille finden wir sowohl im gemeinen Recht wie im BGB. Das gemeine Recht kannte daneben noch in der Noterbfolge einen dritten Berufungsgrund. gegen den Willen des Erblassers, diese Berufung ist dem BGB. fremd, da der Pflichtteilsanspruch ein Geldanspruch des Berechtigten gegen den Erben ist und kein Recht auf eine Quote der Erbschaft, wie im gemeinen Recht. §§ 2303 ff.

Abweichend vom gemeinen Recht ist im BGB. ferner die Wirkung der Berufung; während im gemeinen Recht die Berufung dem Berufenen das Recht verleiht, die Erbschaft durch Antritt zu erwerben, *delata est hereditas quam quis possit adeundo consequi*[2]), erwirbt er im BGB. mit der Berufung die Erbschaft selbst. Sie fällt ihm mit dem Erbfall an, so dass Berufung und Erwerb in eins verschmolzen sind, den Anfall, der wiederum mit dem Tode des Erblassers, dem Erbfall, erfolgt; §§ 1922, 1942. Das BGB. folgt also dem deutsch-rechtlichen Satze, der Tote erbt den Lebendigen — *le mort saisit le vif.*

Auch die gemeinrechtliche Litteratur pflegt von einem Anfall der Erbschaft zu sprechen[3]), indessen macht der Anfall in diesem Sinne den Berufenen noch nicht zum Erben, sondern eröffnet ihm in der

[1]) Ebenso *Windscheid* III S. 187, *Strohal*, Tr. p. c. S. 98.

[2]) *Fr.* 151 De V. S. 50, 16.

[3]) *Windscheid* III S. 187.

Regel nur die Möglichkeit Erbe zu werden, ist also gleichbedeutend mit einer wirksamen Berufung.

Die Berufung ist jedoch keineswegs im BGB. mit dem Anfall identisch, sie bildet vielmehr nur den Rechtsgrund für denselben und der Anfall ist die durch die Berufung für den berufenen Erben erzielte Wirkung; es ist daher eine Umkehrung des eigentlichen Sachverhalts, wenn die Motive[1]) behaupten „berufen ist derjenige, der die Erbschaft erwirbt", während das Gesetzbuch den Anfall als Resultut der Berufung betrachtet (§ 1942), und nur soviel ist zutreffend, dass es keine Berufung ohne Anfall giebt[2]).

§ 2.

Was bedeutet eine successive Berufung?

Successive Berufung ist nun die neue Berufung, die ergeht, wenn die erste Berufung nicht zum Ziele führt, d. h. die Erbschaft durch sie nicht definitiv vergeben wird. Und zwar ergeht sie an den nunmehrigen Nächstberechtigten, das ist diejenige Person, die — sei es durch den Willen des Erblassers, sei es durch das Gesetz — bestimmt ist, an die Stelle des Erstberufenen zu treten. Sie ist also begrifflich eine neue, mindestens eine zweite Berufung zu derselben Erbschaft, da ihr ja eine andere vorhergegangen sein muss. Nicht dagegen handelt es sich um successive Berufung, wenn eine Person vor dem Erbfall wegfällt, die andernfalls berufen worden wäre; z. B. wenn der im Testament

[1]) Motive V. S. 488.
[2]) *Endemann* III. S. 336.

zum Erben Eingesetzte vor dem Erblasser stirbt oder, wenn ein gesetzlicher Erbe durch Erbverzicht (§§ 2346ff) oder Ausschluss von der gesetzlichen Erbfolge (§ 1938) nicht in Betracht kommt. In allen diesen Fällen wird der nunmehrige Erbe sofort mit dem Erbfall berufen und nicht durch successive Berufung.

§ 3.

Voraussetzungen.

a) gemeines Recht.

Ehe wir nun auf die Fragen eingehen, wie diese successive Berufung vor sich geht und wer durch sie berufen wird, wollen wir zunächst feststellen, wann die Voraussetzungen einer solchen gegeben sind, wann es m. a. W. dazu kommt, dass die erste Berufung nicht zum Ziele führt.

Im gemeinen Recht tritt dies zunächst ein, wenn der Berufene vor dem Antritt der Erbschaft stirbt, indessen erledigt sich dadurch die Berufung nicht immer, sondern es findet in vielen Fällen Transmission statt, d. h. „nicht successive Berufung, sondern Succession in die Berufung[1])". Es kommt also zur Erledigung der Berufung nur dann, wenn keine Transmission eintritt.

Die erste Berufung fällt ferner weg, wenn der durch sie Berufene ausschlägt, oder was dem gleichzustellen ist, wenn der *suus*, der im römischen Recht ebenso wie der Erbe des BGB. überhaupt die Erbschaft *ipso jure* erwirbt, von dem ihm zustehenden

[1]) *Köppen* S. 160.

beneficium abstinendi Gebrauch macht. So fr. 89 de leg. 1: *Praetor enim permittendo his qui in potestate fuerint abstinere se hereditate paterna manifestum facit jus se in persona eorum tribuere quod futurum esset si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent*[1]). Dasselbe ist der Fall, wenn das Testament, in dem ein Erbe eingesetzt ist, rescindiert wird, nachdem derselbe die Erbschaft angetreten hat.

Es kommt sodann zu einer neuen Berufung, wenn die Berufene vor dem Erwerb die Erbfähigkeit verliert, wenn er z. B. in einem eigentumsunfähigen Mönchsorden eintritt[2]).

Endlich wird auch, wenn der Erbe der angetreten hat, gegen seinen Erwerb *in integrum* restituirt wird, der Berufung erledigt, und es stände einer neuen nichts im Wege; indessen wird hier allgemein die Zulässigkeit derselben verneint[3]) im Hinweis auf fr. 2 *de successorio edicto 38, 9: Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habuit cum prior ex propria parte possessionem accepisset, nec ad rem pertinuit quod abstinendi facultatem ob auxilium aetatis prior cognatus acceperat. Igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit,* (wobei die *abstinendi facultas ob auxilium aetatis* nicht ein blosses *beneficium abstinendi* ist).[4])

[1]) Vergl. auch fr. 20 § 4. de A. vel. O. H. 29, 2; c. 6. de leg. her. 6,58.

[2]) *Merkel* S. 2. *Glück,* Intestaterbfolge S. 107, 110.

[3]) *Brinz,* Bd. II, S. 87. *Schirmer* S. 263. *Windscheid* III, S. 343. *A. M. Merkel* S. 5.

[4]) *Brinz,* Bd. II, S. 87.

Es tritt hier also keine successive Berufung nach den sonst dafür geltenden Regeln ein, sondern der Fiscus erwirbt die Erbschaft als eine erblose an Erbesstatt.[1])

§ 4.

b) BGB.

Das BGB., das bei der Erbschaft, wie wir oben gesehen haben, den Erwerb *ipso jure* sich vollziehen lässt, kennt ebenfalls eine Anzahl Fälle, in denen der zunächst Berufene einem Anderen Platz machen muss.

Zunächst gilt auch im BGB. der Grundsatz des *Code civil: n'est héritier qui ne veut;* der Anfall erfolgt nach § 1942 unbeschadet des Rechts der Ausschlagung; schlägt der Erbe aus, so gilt der Anfall als nicht erfolgt (§ 1953, Abs. 1); also dieselbe Regelung wie bei den *sui heredes* des gemeinen Rechts. Dasselbe gilt auch für den Fall der Anfechtung der Annahme (§ 1957, Abs. 1.)

Der Anfall gilt ferner als nicht erfolgt, wenn gegen den zunächst berufenen Erben die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit mit Erfolg durchgeführt ist (§ 2344).

Für diesen Fall wird von Einigen auch im gemeinen Recht der Eintritt successiver Berufung angenommen, so dass er den im vorigen Paragraphen aufgezählten Fällen anzureihen wäre, indem bestritten wird, dass das im römischen Recht für den entsprechenden Fall geltende Ereptionsrecht des Fiscus

[1]) *Glück,* Intestaterbfolge S. 766. *Brinz* II, S. 450. *Köppen* S. 416. *Arndts* S. 1080. *Vangeron* II, S. 572. *Windscheid* III, S. 542.

rezipiert sei, so *Zimmermann*[1]) und *Dernburg*[2]), bei dem auch ein diese Meinung teilendes Gutachten der Leipziger Juristenfakultät aus dem Jahre 1775 citiert wird. Indessen ist wohl mit der herrschenden Lehre ein solches Ereptionsrecht noch im gemeinen Recht anzuerkennen[3]), und dieses Recht des Fiskus, das ebenso wenig wie dasjenige auf die erblose Erbschaft im Falle der in *integrum restitutio* auf successiver Berufung beruht, steht nur in einigen Fällen hinter dem anderer Personen zurück, so hat z. B. die Kirche oder auch der Verpfleger eines geisteskranken Erblassers, wenn der Erbe sich der Pflege trotz Aufforderung nicht unterzogen hatte, unter Umständen ein Recht auf die dem Unwürdigen entzogene Erbschaft.[4])

Ferner fällt im BGB. der zunächst berufene Erbe fort, wenn die Erbeseinsetzung auf Grund derer er berufen ist, erfolgreich angefochten wird.

Nach § 142 Abs. 1 ist diese von Anfang an als nichtig anzusehen; dagegen ist von einer successiven Berufung keine Rede, wenn die letztwillige Verfügung oder der Erbvertrag nicht anfechtbar, sondern nichtig sind und infolgedessen Niemand aus denselben berufen wird.

Sodann kommt es zu successiver Berufung durch die Totgeburt des *Nasciturus*, der zur Erbschaft be-

[1]) *Zimmermann* a. a. O., S. 356 ff.

[2]) *Dernburg* III, S. 111.

[3]) Vergl. *Glück* Intestaterbf. S. 115 ff, *Arndts* S. 159, *Brinz* III S. 52, *Vangerow* II S. 575 ff, *Köppen* S. 147, *Windscheid* II S. 687.

[4]) Nov. 115, Cap. 3 § 12.

rufen war.[1]) Dies wird bestritten von *Meyer*[2]) mit der Begründung, dass der *Nasciturus* von der Fiction des § 1923, Abs. 2 — wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht geboren, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren — nur im Fall seiner Lebendgeburt betroffen würde, wie der Wortlaut „noch nicht lebte" beweist; infolgedessen werde die Erbschaft für den Fall, dass er Person würde nur reserviert, nicht aber ihm deferiert, er könne also durch Totgeburt auch nicht als Berufener wegfallen. Das ist allerdings die Auffassung des gemeinen Rechts, die uns z. B. in Fr. 3 Pr. *si pars hereditatis petatur* 5, 4 entgegentritt, *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnio ei jura integra reservarent*[3]). Auch für das Bürgerliche Recht wird diese Ansicht überwiegend vertreten, dass nämlich der Anfall der Erbschaft erst mit der Lebendgeburt erfolge[4]).

Von dieser Voraussetzung ausgehend, ist die von *Meyer* gezogene Folgerung, dass ein Wegfall eines Berufenen hier nicht vorliege und deshalb auch keine successive Berufung stattfinde, in der That unabweisbar.

Diese Konstruktion setzt sich m. E. in Widerspruch mit den §§ 1922, 1942, in denen von solch einem Aufschub des Anfalls und einer Zwischenzeit

---

[1]) Ebenso *Heymann* S. 58 ff, *Matthiass* III S. 458, *Planck-Ritgen* S. 20, 24.

[2]) *Meyer* S. 116.

[3]) Vergl. Motive I S. 29.

[4]) So *Endemann* III S. 25, *Crome* I S. 195, *Goldmann-Lilienthal* S. 316, *Rüger* S. 415, *Kipp* V S. 193, *Hellwig* S. 45, *Hellmann* S. 215 ff. Motive V S. 488.

keine Rede ist, sondern aus denen vielmehr folgt, dass mit dem Erbfall die Erbschaft in jedem Fall ohne „*Interregnum*“[1]) anfällt. Man käme in der That hierbei auf eine Zwischenzeit, in der kein Erbe vorhanden ist, eine *Hereditas jacens*, die sich von der gemeinrechtlichen nur dadurch unterschiede, dass sie nicht *personam defuncti sustinet*[2]), sondern von einem eventuellen Nachlasspfleger für den künftigen Erben verwaltet werden würde (§ 1960). Das nehmen denn *Kipp* und *Hellwig* in der That an und auch *Endemann* scheint dieser Ansicht nicht abgeneigt zu sein[3]).

Ein Anfall muss indess mit dem Erbfall nach dem BGB. stattfinden; und zweifellos ist es, dass er nicht an den dem *Nasciturus* in der Erbberechtigung Folgenden stattfindet, sondern diesem steht hier wie in den bisherigen Fällen ein Hindernis im Wege, von dessen Fortfall — der Totgeburt — es abhängt, ob er berufen wird oder nicht; er befindet sich also in derselben Rechtslage, wenn der nächste Erbe *Nasciturus* ist, wie wenn der Erwerb der Erbschaft durch diesen von der Ausschlagung, der Erbunwürdigkeit, der Anfechtbarkeit des Testaments abhängt.

Richtiger ist es daher wohl anzunehmen, dass dem *Nasciturus* die Erbschaft wirklich anfällt; und zwar ebenso, wie im § 1942 der Anfall unbeschadet

---

[1]) *Eck* a. a. O. S. 3.

[2]) *Fr. 34*, de ARD. 41, 1.

[3]) a. a. O. S. 60.

des Rechts der Ausschlagung erfolgt, erfolgt er hier an den *Nasciturus* unter der Voraussetzung der Lebendgeburt. Wird der *Nasciturus* totgeboren, so ist er eben nicht erfolgt (vergl. dazu für den Fall der Ausschlagung § 1953, Abs. 1), ebenso *Heymann*[1]). Auch *Gierke* meint, es trete hier ein bedingter Rechtserwerb ein, der als nicht geschehen gelte, wenn keine Persönlichkeit entsteht.[2])

Wir lassen also die Fiction des § 1923, Abs. 2 nicht nur für den Fall der Lebendgeburt, sondern in dieser Beziehung auch für den der Totgeburt gelten.[3])

Es fällt also nach unserer Auffassung in der That ein berufener Erbe fort, wenn der *Nasciturus* totgeboren wird, so dass der nunmehrige Erbe durch successive Berufung zur Erbschaft gelangt.

Ebenso wie im Fall der Totgeburt liegt es, wenn

1. die Genehmigung einer durch Verfügung von Todeswegen errichteten Stiftung versagt wird (E. G. a. a. 83, 84),
2. die unter Umständen landesgesetzlich erforderliche Genehmigung des Erwerbs der Erbschaft durch eine zum Erben eingesetzte juristische Person oder ein zum Erben eingesetztes Mitglied eines religiösen Ordens oder ordensähnlicher Congregationen versagt wird (E. G. a. a. 86, 87),
3. wenn die Bestätigung einer Annahme an

[1]) a. a. O. S. 60.

[2]) a. a. O. S. 357.

[3]) Vergl. auch Motive V, S. 489.

Kindesstatt nach dem Tode des Erblassers versagt wird (§ 1754),

4. wenn dem Antrag auf Ehelichkeitserklärung nach dem Tode des Vaters nicht stattgegeben wird (§ 1733, Abs. 2, 3).

In allen diesen Fällen fällt die Erbschaft dem betreffenden Erben an, unter der Voraussetzung, dass die erforderliche Genehmigung eintritt. Wird sie versagt, so gilt der Anfall als nicht erfolgt, und es tritt successive Berufung ein.

Im gemeinen Recht ruht die Erbschaft bis die Ungewissheit beseitigt wird, ohne dass eine Berufung erfolgt; erst dann wird ein Erbe berufen, je nachdem sich die Lage geklärt hat. Es liegt jedoch dann keine successive Berufung vor, da vorher Niemand berufen war.

Endlich kann der berufene Erbe im BGB. noch dadurch fortfallen, dass seine Erbeseinsetzung auflösend bedingt oder befristet war, so dass er mit dem Eintritt dieser Bedingung oder dieses Termines aufhört Erbe zu sein.

Das BGB. nennt einen solchen Erben Vorerben, die Erbschaft fällt mit diesem Zeitpunkt einem Nacherben an (§ 2139).

II. Kapitel.

Die successive Berufung im gemeinen Recht.

§ 5.

Geschichte.

Das älteste römische Recht kannte eine successive Berufung in zwei Fällen. Es berief zunächst, wenn der im Testament eingesetzte Erbe nicht Erbe wurde, den Vulgarsubstituten. Es war nämlich in Rom durchaus üblich, diesen Fall besonders vorzusehen und einen Ersatzmann, eben den Vulgarsubstituten zu bezeichnen, ja, man begnügte sich nicht nur nicht mit einem, sondern man liess diesem andere folgen, um für alle Fälle testamentarisch beerbt zu werden so enthält das uns überlieferte Testament des Dasumius 6 Grade von Erben.[1])

Wenn ferner die testamentarische Berufung fruchtlos blieb, indem weder der eingesetzte Erbe noch seine etwaigen Substituten die Erbschaft erwarben, so fiel sie an den Intestaterben; so *Fr. 1 pr*

[1]) *Dernburg* III, S. 172.

de suis et leg. her. 38, 16: Sed et is qui testamentum fecit si ejus hereditas adita non est . . . . intestatus non improprie videtur decessisse.[1])

Dagegen galt innerhalb der Intestaterbfolge der Satz: *in legitimis hereditatibus successio non est.* Wurde also der nächste Intestaterbe nicht Erbe, was übrigens in der Klasse der *sui* nicht vorkommen konnte, so wurde eben niemand Erbe, die Erbschaft war herrenlos und blieb den Zugriffen eines Jeden ausgesetzt, insbesondere hatte die *usucapio pro herede* freies Spiel. So sagt auch *Cajus III* § 12: *Si agnatus proximus hereditatem omiserit vel antequam adierit decesserit, sequentibus nihil juris ex lege competit;* und *ibidem* § 22: *item proximo agnato non adeunte hereditatem nihilo magis sequens jure legitimo admittitur.*

Um diesen unhaltbaren Zuständen abzuhelfen — *ne bona hereditaria diutius jacerent et creditoribus longior mora fieret*[2]) — führte der Praetor eine successive Berufung der einzelnen *ordines* seiner *bonorum possessio* ein. Und zwar wurde, wenn der im ersten *ordo* Berufene nicht erwarb, der zweite *ordo* berufen und so fort. Dagegen fand innerhalb eines *ordo* eine Berufung eines entfernteren Grades, wenn der nähere fortfiel, nur innerhalb der dritten Klasse *unde cognati* statt. Man pflegt diese *successio* im Gegensatz zu der *successio ordinum, successio graduum* zu nennen, der Ausdruck ist indessen nicht quellen-

[1]) § 7, *de leg. agn.*

[2]) *Fr. 1 pr de succ. edicto* 38, 9.

mässig und findet sich erst seit dem 17. Jahrhundert in der gemeinrechtlichen Litteratur, während die Glosse *successsio de gradu in gradum* sagt.[1])

In der Klasse *unde liberi* findet successive Berufung nicht statt[2]), ebenso wenig in der *unde legitimi*, in welcher der Praetor ausdrücklich nur den *proximus agnatus* beruft; erwarb dieser nicht, so ging die Berufung sofort in die dritte Klasse, in welcher übrigens die entfernteren Agnaten in ihrer Eigenschaft als Cognaten[3]) mit den übrigen Cognaten zusammen berufen werden, so dass sie nicht ihr Erbrecht, sondern nur den Vorzug vor gleich nahen oder näheren Cognaten verlieren.

Dies änderte erst Justinian. Er führte die successive Berufung innerhalb der Agnaten ein, *nihil deesse perfectissimo juri cupientes . . . . . cum satis absurdum erat quod cognatis a praetore apertum est hoc agnatis esse reclusum*[4]). „Er verkennt damit freilich den Grund des Praetors, der mit seiner Anordnung das agnatische Erbrecht überhaupt zu Gunsten des Cognationsprincips in den Hintergrund drängen wollte und deshalb keinen Grund hatte, es fortzubilden.“[5]) Eine successive Berufung gibt es jedoch nur innerhalb des ersten *ordo* vor der Novelle 118 noch nicht.[6])

Ehe wir aber nun zum Rechte dieser Novelle

---

[1]) *Merkel* S. 7.

[2]) Vergl. *Büchel* S. 110.

[3]) Fr. 7 *unde legitimi* 38, 7.

[4]) § 7 *de leg. agn. succ.* 3, 2.

[5]) *Kohler*, S. 105 ff.

[6]) *Kohler* S. 107, *Sintenis* S. 316.

übergehen, wollen wir noch eine successive Berufung erwähnen, die im älteren Rechte galt, und zwar ergiebt sie sich aus dem Erbrecht, das in den Senatusconsulten Tertullianum und Orphitianum der Mutter den Kindern gegenüber und umgekehrt gegeben war. „Wenn nämlich diejenigen wegfielen, welche der Mutter vorgingen, so konnte die Mutter nach dem Senatusconsult erben, und wenn die Mutter die ihr vermöge desselben angefallene Erbschaft nicht antrat, so succedierten diejenigen, welche geerbt hätten, wenn die Mutter garnicht dagewesen wäre[1]), also die übrigen Agnaten, welche die Mutter ausschloss."[2]) Ebenso „wenn Niemand von den durch das Senatusconsultum Orphitianum zur Intestaterbfolge berechtigten Personen die Erbschaft erwarb, trat nicht wie bei der *hereditas legitima* der Fiskus, sondern das alte Recht ein, nach welchem nur diejenigen erben konnten, durch die nach demselben die Kinder ausgeschlossen wurden."[3]) Dies Erbrecht wurde durch die Novelle 118 beseitigt, gehört also wie die daraus erfolgende successive Berufung dem gemeinen Rechte nicht an.

§ 6.

Die Novelle 118 und die successive Berufung.

Justinian führte nun mit der Novelle 118 eine neue Intestaterbfolge und mit ihr die successive Berufung sowohl innerhalb der einzelnen Klassen — *successio*

[1]) Vergl. hierzu Fr. 20 ad Sc. Tert. et Orph. 38, 17.

[2]) *Glück* Int. Erbf. S. 253.

[3]) *Glück*, ebenda S. 268.

graduum — als auch von Klasse zu Klasse — *successio ordinum*.

Dies ist unbestritten für die Ascendenten in der zweiten Klassen und für die vierte Klasse, die der Seitenverwandten. Für die erste Klasse ergiebt es sich ebenfalls aus den Worten *si quis igitur descendentium fuerit . . . . omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur*[1]), sodass eine successive Berufung des zweiten *ordo* nicht möglich ist, so lange noch irgend ein Descendent vorhanden ist, sowie aus der Erwägung, dass die ganze Erbfolgeordnung Justinians nichts anderes ist, als der *ordo unde cognati* des Praetor, in welchen einzelnen Kategorien von Cognaten in den Klassen 1—3 ein bevorzugtes Erbrecht gegeben ist[2]). Dagegen wird eine successive Berufung in der zweiten und dritten Klasse bestritten unter dem Hinweis, dass die Geschwisterkinder nur an Stelle eines vorverstorbenen Bruders — *fratis aut sororis praemortuorum*[3]) — berufen würden[4]), eine Interpretation, die von *Vangerow* und[5]) *Dernburg* mit Recht als Buchstabeninterpretation verworfen wird, und sich auch dadurch widerlegt, dass in der letzten Klasse die Seitenverwandten nur dann berufen werden,

---

[1]) Nov. 118, cap. 1.

[2]) vergl. *Glück* Int. erbf. S. 571; *Büchel* S. 115; *v. Helmolt* S. 10 ff.; *Sintenis* S. 316; *Schirmer* S. 260; *Vangerow* II. S. 62; *Brinz* II S. 137; *Arndts* S. 895; *Köppen* S. 410; *Kohler* S. 106; *Merkel* S. 113; *Windscheid* III. S. 340; *Dernburg* III. S. 275; *A. M. Puchta* S. 660.

[3]) Nov. 118, cap. 3.

[4]) *Büchel* S. 118.

[5]) *Vangerow* II. S. 55. *Dernburg* III. S. 273.

si neque fratres neque filios fratrum defunctus relinqueret[1]), also die Geschwisterkinder auch in dieser Klasse nicht berufen werden würden, sodass sie von der Erbschaft ausgeschlossen wären[2]).

Wir. kommen also zu dem Resultat, dass in allen Klassen der Erbfolgeordnung der Novelle 118 *successio graduum* gilt.

Indessen war nunmehr die Möglichkeit einer Complikation geschaffen, die das ältere Recht nicht kannte. Jetzt gab in den drei ersten Klassen die reine Gradesnähe nicht mehr wie früher einen absoluten Vorzug in der Berufung, sondern es kam das sogenannte Stammesprinzip zur Geltung.[3]) Es wurde nämlich nunmehr fraglich, ob bei Wegfall eines von mehreren Berufenen Accrescenz eintrete oder successive Berufung derjenigen, die mit den aus der ersten Berufung übrig gebliebenen sofort berufen worden wären, wenn der Wegfallende von vornherein nicht in Betracht gekommen wäre, ob also z. B. wenn zwei Söhne des Erblassers berufen wurden und der eine von ihnen ausschlug, dessen Erbteil seinem Bruder accrescierte, oder ob die Enkel durch successive Berufung zur

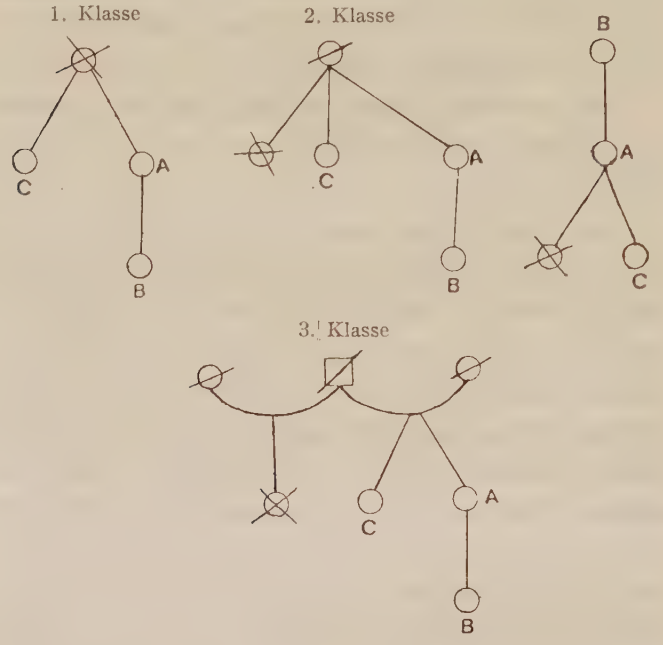
---

[1]) Nov. 118, cap. 3, § 1.

[2]) Vergl. auch *Sintenis* S. 317; *Vangerow* II, S. 54 ff; *Schirmer*, S. 260; *Arndts* S. 895 etc.

[3]) „In der Klasse *unde liberi*, wo Kinder und Enkel des Erblassers zusammen berufen wurden, war dieses Zusammentreffen mehrerer Grade nicht etwa eine Durchbrechung des Prinzips der absoluten Gradesnähe, sondern der Grad entschied hier nicht, vielmehr die durch die *patria potestas* vermittelte Beziehung dieser Personen zum Erblasser.“ *Merkel* S. 57.

Erbschaft ihres Grossvaters berufen wurden. „Die einzelnen Fälle sind folgende:

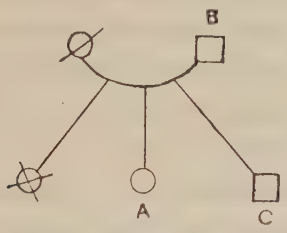


In allen diesen Fällen handelt es sich darum, ob B an Stelle des die Erbschaft nicht erwerbenden A, welcher mit C zusammen berufen war, successiv berufen werden soll, oder ob der freiwerdende Erbteil des A dem C anwächst".[1])

Im älteren Rechte, in dem ein solches Zusammentreffen von Erben verschiedener Grade ausgeschlossen war, konnte Aehnliches nur bei der Erbfolge aus dem *Senatusconsultum Tertullianum* vorkommen. Wenn nämlich der Bruder A und die Schwester C des Erblassers berufen wurden und A nicht erwarb, so

[1]) *Merkel* S. 59.

gelangte *ex Senatusconsulto Tertulliano* die nur durch diesen ausgeschlossene Mutter B durch successive Berufung zusammen mit C zur Erbschaft.



So fr. 2 § 14 *ad Sc. Tert. et Orph.* 38, 17 [1]).

Indessen kann man in diesem Fall keine Entscheidung der prinzipiellen Frage erblicken, zumal die Stelle keine ausdrückliche Entscheidung giebt, sondern den Fall nur andeutet, und selbst wenn man aus derselben die oben gegebene Folge herauslesen würde, das Erbrecht der Mutter hier auf ganz eigentümlichen und singulären Voraussetzungen beruht — es ist bedingt von dem Nichterwerb der vor ihr und dem Erwerbe der mit ihr Berufenen —, die der Novelle 118 durchaus fremd sind. Immerhin kann man daraus ersehen, dass eine Nachberufung, so lange noch aus der ersten Berufung Berufene vorhanden sind, für den römischen Juristen keine begriffliche Unmöglichkeit darstellt. Eine Entscheidung der Frage findet sich weder in der Novelle 118 noch in den späteren Gesetzen Justinians, so dass sie sich aus den Quellen überhaupt nicht geben lässt, wenigstens dürften die zahlreichen

---

[1]) *Schirmer* S. 265, *Büchel* S. 150, *Kohler* S. 129, *Ehlers* S. 22 ff. Vergl. auch das am Ende des § 5 hierselbst Angeführte.

Versuche die Frage aus den Quellen heraus zu entscheiden, wohl als missglückt gelten.[1])

Die von jeher herrschende Meinung lässt nun durchweg die Accrescenz der successiven Berufung vorgehen oder, wie *Kohler* es formuliert[2]), lässt nur eine generelle, nicht aber auch eine spezielle Nachberufung, das heisst eine solche bei Fortfall eines von mehreren Mitberufenen, zu.

So sagt schon *Baldus: Jus accrescendi excludit edictum successorium.*[3]) Und diese Meinung hat bis auf unsere Zeit zahlreiche und angesehene Vertreter gefunden.[4])

Dagegen wird in neuerer Zeit vielfach behauptet, auch bei Wegfall eines von mehreren Mitberufenen finde successive Berufung statt, wenn durch den Weggefallenen solche Personen ausgeschlossen wurden, die ohne ihn sofort zur Erbschaft berufen worden wären.[5]) Während von den Vertretern der ersten Meinung die Möglichkeit einer successiven Berufung geleugnet wird, so lange noch mit der ersten Berufung berufene Erben die Erbschaft erwerben könnten[6]) und

[1]) Vergl. *Köppen* S. 412, *Leonhard* S. 8.

[2]) a. a. O., S. 110.

[3]) Bei *Merkel* S. 60.

[4]) *Glück* Int. Erbf. S. 575, *Mühlenbruch* bei *Glück* LIII S. 279 ff, *Büchel* S. 82 ff, *v. Savigny* VIII S. 487 ff, *v. Helmolt* S. 94, *Vangerow* 17 S. 67, *Schirmer* S. 264 ff. *Köppen* S. 411, *Ehlers* S. 88 ff.

[5]) *Francke* S. 167 ff, *Hunger* S. 424 ff, *Sintenis* S. 319 ff, *Brinz* II S. 139 f, *Fitting* S. 149 ff, *Leonhard, Merkel* S. 113 ff, *Kohler* S. 105 ff, *Windscheid* III S. 342, *Dernburg* III S. 274, *Hofmann* S. 86 ff, *Regelsberger* S. 267.

[6]) *Vangerow* II S. 65.

behauptet wird, die successive Berufung werde eben nur subsidiär angewandt, wenn aus der ersten Berufung gar kein Erbe mehr vorhanden sei[1]) wird auf der anderen Seite behauptet, das Anwachsungsrecht sei gerade subsidiärer Natur[2]) und die successive Berufung schliesse es begrifflich aus, weil bei ihrem Eintreten der nicht erworbene Erbteil ebenso wenig *portio vacans* würde, als wenn eine neue Delation an einen testamentarisch substituierten Erben erfolge[3]), die spezielle Nachberufung sei eine logische Konsequenz des Prinzips der Nachberufung überhaupt[4]) und ebenso wie an Stelle eines Berufenen ein anderer Berufener gesetzt würde, könne auch für einen Mitberufenen ein anderer gesetzt werden.[5]) Diese letzte Meinung dürfte wohl den Vorzug verdienen und ebenso können wir uns *Windscheid* anschliessen, wenn er meint „es sei nicht wahrscheinlich, dass Justinian den Enkel oder das Geschwisterkind zu Gunsten des Oheims und der Tante ausgeschlossen, und überhaupt Gewicht darauf gelegt haben würde, ob der Umstand welcher den im Grade Ferneren freimacht, vor oder nach dem Tode des Erblassers eingetreten ist.“[6]) Aus diesen Erwägungen dürfen wir wohl diese Ansicht als die den Absichten der Novelle und der Billigkeit in höherem Grade entsprechende[7]) zu der unserigen machen.

---

[1]) *v. Savigny* VIII S. 487.
[2]) *Francke* S. 180 ff.
[3]) *Merkel* S. 117.
[4]) *Kohler* S. 114.
[5]) *Windscheid* III S. 341.
[6]) *Windscheid* III S. 342.
[7]) *Dernburg* III S. 276.

§ 7.

Rechtliche Natur der successiven Berufung des gemeinen Rechts.

Es findet also nach alledem im gemeinen Rechte eine successive Berufung, nachdem die vorausgegangene erfolglos geblieben ist, statt:

1. bei Fortfall eines testamentarischen Erben mittelst Vulgarsubstitution,
2. falls Niemand aus dem Testament Erbe wird *(testamentum destitutum)* mittelst Berufung der gesetzlichen Erben,
3. innerhalb der gesetzlichen Erbfolge mittelst *successio ordinum et graduum.*[1])

In allen diesen Fällen ergeht mit dem Fortfall des zuerst Berufenen eine neue Berufung an den nunmehr Berechtigten; da diese wie jede Berufung diesen das Recht giebt die Erbschaft durch Antritt zu erwerben, so ist es erforderlich, dass er nicht nur den Erbfall, sondern auch den Fortfall des vorigen Berufenen erlebt, ebenso wie jeder zur Erbschaft Berufene nicht nur den Erbfall, sondern auch den Zeitpunkt der Berufung erleben muss, denn antreten kann nur, wer lebt. Dies ergiebt sich für den Substituten aus fr. 81 de A. vel O. H. 29, 2: *totiens videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adisse, quotiens adquirere sibi possit, nam si mortuus esset ad heredem non transfert substitutionem;* für den Fall des *testamentum destitutum* aus § 6 *de leg. agn. succ. 3, 2: quod si facto testamento quisquam decesserit per hoc tempus*

[1]) *Dernburg* III S. 276.

requiritur quo certum esse coeperit nullum ex testamento heredem extaturum, tum enim proprie quisque intellegitur intestatus decessisse; quod quidem aliquando longo tempore declaratur: in quo spatio temporis saepe accidit, ut proximiore mortuo proximus esse incipiat qui moriente testatore non erat proximus.[1])

Für die successive Berufung innerhalb der Intestaterben ergiebt sich dasselbe aus fr. 2 § 22 ad Sc. Tert. 38, 17.

In allen diesen Fällen ist die Bedingung, von der der Eintritt der Nachberufung abhäng ist, dieselbe; und zwar ist es gar keine eigentliche Bedingung, sondern eine *conditio juris*, denn in allen diesen Fällen hängt die Berufung des Folgenden von dem Fortfall des Vorhergehenden ab und ergeht erst im Momente dieses Fortfalls, *nam uni duo pro solido heredes esse non possunt*[2]); es liegt hier also in der That eine *condicio quae inest tacite, quae extrinsecus venit* vor.[3]) Die Berufung, sei es des Substituten oder des nächsten gesetzlichen Erben, hängt immer nur davon ab, dass der vorher Berufene ausfällt, und die Ernennung eines Substituten ist nichts weiter, als die Designierung derjenigen Person, welche im Fall des Fortfalls berufen werden soll[4]); während andererseits „die *successio graduum* bei der gesetzlichen Erbfolge ein Analogon zu der Vulgarsubstitution bei der testamentarischen

[1]) Vergl. auch die ferner bei *Strohal* Tr. p. c. S. 61 citierten Stellen.

[2]) fr. 141 de R. I 50, 17.

[3]) Vergl. *Windscheid* I S. 392.

[4]) So *Strohal, Transmission pendente condicione*, S. 59.

Erbfolge ist[1]), der successiv zu berufende Erbe ist gleichsam gesetzlicher Substitut des Erstberufenen[2]).

Dies bestreitet *Vangerow*[3]) mit der Begründung, die Substitution sei eine bedingte Institution, während in der *successio graduum et ordinum* eine eigentlich neue Delation enthalten sei, eine Delation, die von Anfang an auch noch nicht einmal eventuell vorhanden war; und dies ist für ihn einer der Gründe, weshalb er die *successio graduum* durch Accreszenz ausschliesst, während das Recht des Substituten derselben vorgeht.

Worin dieser Unterschied aber bestehen soll, ist unerfindlich, denn auch dem Substituten wird erst dann deferiert, wenn der Institut definitiv nicht Erbe wird; die Berufung des Substituten ist vielmehr von einer genau so gearteten Bedingung abhängig, wie die des nächsten gesetzlichen Erben und wenn man daher die eine als bedingte Berufung betrachtet, kann man der anderen diese Bezeichnung schwerlich versagen.

Andrerseits muss der Nachberufene auch schon zu Lebzeiten desjenigen gelebt haben, den er beerben soll, so heisst es in fr. 6. de suis et leg. her. 38, 16: *Qui post mortem avi sui concipitur is neque legitimam hereditatem ejus tamquam suus heres neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem qui moriente eo de cuius bonis quaeritur in rerum natura fuerit.*

Dagegen wird geltend gemacht, dies treffe

---

[1]) *Hofmann* S. 88.

[2]) *Windscheid* III S. 342, ebenso *Brinz* S. 139, *Francke* S. 170.

[3]) *Vangerow* II S. 65, ebenso *Ehlers* S. 54.

wenigstens bei der Intestaterbfolge der Novelle 118 nicht mehr zu, da hierin alle Descendenten berufen wurden, und es doch nicht zu bestreiten sei, dass auch der nach dem Tode des Erblassers erzeugte Enkel dessen Descendent sei.[1]) Indessen geht diese Interpretation der Novelle doch zu weit, sie beachtet nicht, dass sowohl in der *Praefatio* wie im Kap. 4 ausdrücklich davon die Rede ist, dass hier eine neue Erbfolgeordnung der Cognaten geschaffen wird, und vor allem der bisherige Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten beseitigt werden soll, dass aber im Uebrigen der Cognationsbegriff der Novelle derselbe ist, wie der des bisherigen Rechtes, also auch die dort geltenden Abgrenzungen der Cognaten weiter gelten müssen. Es kann also bei den Worten *„quis descendentium cujuslibet naturae aut gradus"* nur von einem Cognaten die Rede sein, denn die Novelle 118 beruft nur solche; der *nondum conceptus* ist aber kein Cognat, wie die hier oben angeführte Stelle beweist, er wird also auch hier nicht berufen.[2])

Successive Berufung im gemeinen Rechte ist also die Berufung des in der Reihe der Erbberechtigten Folgenden, wenn der ihm Vorgehende, bei dessen Nichtvorhandensein er sofort berufen sein würde, die Erbschaft nicht erwirbt,[3]) und zwar kann durch sie

---

[1]) *Glück* Int. erbf. S. 584, *Löbenstern* S. 215, *Schirmer* S. 190 ff., *Dernburg* III S. 277.

[2]) ebenso *Büchel* S. 2 ff., *Sintenis* S. 310, *Vangerow* II S. 40, *Brinz* II S. 128, *Köppen* S. 386, *Windscheid* III S. 331.

[3]) *Windscheid* III S. 340 W. spricht hier nur von der Intestaterbfolge und sagt „des in der Erbfolgeordnung Folgenden" indessen haben wir gesehen, dass der Satz auch bei der testamentarischen Erbfolge gilt.

nur jemand berufen werden, der sowohl zur Zeit des Erbfalls als auch des Fortfalls des Vorherberufenen gelebt hat.

Wir gehen nunmehr auf das Recht des BGB. über, um zu sehen, wie dort die successive Berufung geregelt ist; Einzelheiten, die das gemeine Recht betreffen, werden wir noch bei der Besprechung des BGB. zu berühren Gelegenheit haben.

III. Kapitel.

Die successive Berufung im BGB.

Es kommt, wie wir oben gesehen haben, im BGB. zu einer successiven Berufung in den Fällen der Ausschlagung, der Erbunwürdigkeit, der Anfechtung eines Testaments, der Totgeburt eines *Nasciturus*, und der Nacherbfolge.

In allen diesen Fällen fällt die Erbschaft zunächst einem Erben an, der nachher wieder aufhört Erbe zu sein, aber während bei Regelung der Erbnachfolge das BGB. diese Idee durchführt und thatsächlich zwei Erben zeitlich aufeinander folgen lässt, hilft es sich in den anderen Fällen mit einer Fiktion, indem es nämlich beim Fortfall des Erstberufenen einen Anfall an denselben als nicht erfolgt annimmt und infolgedessen fingiert, die Erbschaft sei dem Successionsberufenen bereits mit dem Erbfall angefallen — §§ 1953, 2344, für die beiden anderen Fälle ergiebt sich dasselbe aus den §§ 142, 1923, — dagegen heisst es für die Nacherbfolge im § 2139 „der Vorerbe hört auf Erbe zu sein, die Erbschaft fällt dem Nacherben an".

Wir scheiden daher diesen Fall zunächst aus unseren Betrachtungen aus und gehen über zu der Besprechung derjenigen Fälle, wo successive Berufung eintritt, weil der Erbberufene nicht Erbe geworden ist. Es sind das die der besprochenen gemeinrechtlichen successiven Berufung entsprechenden Fälle.

Abschnitt I.

Die successive Berufung nach erfolgloser Erstberufung.

§ 8.

Rechtliche Natur.

Die von dem BGB. aufgestellte Fiktion ist von *Fitting* schon für das gemeine Recht aufgestellt worden,[1]) dass nämlich, wenn ein zur Erbschaft Berufener nicht wirklich Erbe wird, alles juristisch so zu behandeln sei, wie wenn er von vornherein nicht vorhanden gewesen wäre; diese für das gemeine Recht allseitig abgelehnte Regel[2]) führt das BGB. consequent durch. Wir finden sie ausdrücklich ausgesprochen in den §§ 1953, 2344: „Der Anfall gilt als nicht erfolgt, die Erbschaft fällt demjenigen an, der berufen sein würde, wenn der Ausschlagende-Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte, der Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt. Für die Anfechtung der Erbeseinsetzung folgt aus § 142, dass sie von Anfang an als nichtig anzusehen sei, dass also der Erbe garnicht eingesetzt worden sei, und infolgedessen eine

[1]) *Fitting* S. 153.

[2]) Vergl. *Windscheid* III S 451, *Dernburg* III S. 462. *Krieg* S. 3, *Strohal* Tr. p. c. S. 95, *Köppen* S. 82.

Berufung und ein Anfall an ihn nicht erfolgen konnte. Dasselbe ergiebt sich bei Totgeburt des *Nasciturus* daraus, dass hierdurch die Bedingung, unter dem die Erbschaft anfiel und unter der ein solcher Anfall überhaupt möglich war, defiziert. Es wird also trotz des Anfalls und des Erwerbs der Erbschaft durch den zunächst Berufenen fingiert, dieser Anfall habe garnicht stattgefunden.

Es tritt ferner unter allen Umständen successive Berufung desjenigen ein, der berufen sein würde, wenn der zunächst Berufene zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte; das BGB. kennt bei Fortfall eines Berufenen weder Transmission noch eine mit der successiven Berufung konkurrierende Accreszenz, sondern nur einen successiven Erbanfall.[1]) Dass auch in den Fällen der §§ 1935, 2494, wo das Gesetzbuch davon spricht, dass der Erbteil eines Mitberufenen sich erhöht oder anwächst, lediglich eine Folge successiver Berufung vorliegt, wird später gezeigt werden.

Der Anfall an den Successivberufenen gilt stets als mit dem Erbfall erfolgt; da der Vorherberufene als nicht vorhanden betrachtet wird; ergiebt sich dies aus dem in den §§ 1922, 1942 ausgesprochenen Prinzip: Der Tote erbt den Lebendigen; wenn also auch der nunmehrige Erbe erst durch successive Berufung zur Erbschaft gelangt, so muss es trotzdem so angesehen werden, als ob ihm die Erbschaft mit dem Erbfall angefallen wäre. Diese Folge wird in den §§ 1953 und 2344 ausdrücklich gezogen, würde sich aber auch

[1]) *Heymann* S. 59.

ohnedies aus den eben dargestellten Erwägungen ergeben, und ergiebt sich aus ihnen für den Fall der Totgeburt des *Nasciturus* und der Anfechtung der Erbeseinsetzung, für die diese Folge im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen wird. Müssen wir also den Anfall als mit dem Erbfall erfolgend ansehen, so ergiebt sich ferner, dass grundsätzlich der Zeitpunkt des Erbfalles für die Frage, wer berufen wird, entscheidend sein muss; nicht wie im römischen Recht wird derjenige berufen, der der Nächste war, als es sich entschied, dass der zunächst Berufene nicht Erbe wird, sondern der Zeitpunkt des Erbfalls bleibt stets massgebend. Dies folgt eben aus der Fiktion, dass der erste Anfall als nicht erfolgt gilt; der Satz: der Tote erbt den Lebendigen, verlangt dann, dass der neue Erbe nach dem Zeitpunkt des Erbfalls bestimmt wird. *Heymann* und *Matthiass*[1]), die diese Folge bestreiten, greifen auch nicht diese Consequenz an, sondern meinen, man hätte auch ohne die Fiktion auskommen können; wir kommen hierauf weiter unten zurück.

Ein nach dem Tode des Erblassers Konzipierter kann daher auch im BGB. nicht durch successive Berufung zur Erbschaft gelangen ebenso wie im gemeinen Recht; es beruht dies jedoch, wie dargelegt, darauf, dass sonst eine Lücke entstehen würde, die mit den Bestimmungen der §§ 1922, 1972 unvereinbar wäre und nicht auf dem Begriff der Verwandtschaft wie dort.[2])

---

[1]) *Heymann* S. 59, *Matthiass* II S. 459.

[2]) Vergl. *Motive* V S. 376, *Heymann* S. 61, zu demselben Resultat kommt für das Preussische Recht *Gruchot* I S. 121.

Dagegen braucht abweichend vom gemeinen Recht der Successivberufene den Fortfall des Erstberufenen nicht zu erleben, denn da der Anfall an ihn als mit dem Erbfall erfolgt gilt, überträgt er, selbst wenn er stirbt, ehe der erste Erbe ausgeschlagen hat, die ihm nachher mit rückwirkender Kraft anfallende Erbschaft auf seine Erben, so dass hierdurch selbst bei der Intestaterbfolge eine Erbschaft aus dem Kreise der Verwandten hinausgelangen kann. Wenn z. B. am 1. I. A. stirbt und der eingesetzte Erbe B. am 10. II. ausschlägt, gelangt die Erbschaft durch successive Berufung an die testamentarischen oder gesetzlichen Erben des am 15. I. gestorbenen C., der am 1. I. zweitnächster gesetzlicher Erbe des A. war und nicht an den D., der am 10. II. zweitnächster gesetzlicher Erbe gewesen wäre; vergleiche dagegen für das gemeine Recht den oben zitierten § 6 *de leg. agn. suc.* 3, 2, wo es heisst: *in quo spatio temporis saepe accidit, ut proximiore mortuo proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.* Eine solche Regelung ist nur möglich dadurch, dass der Erbe des BGB. *ipso jure* erwirbt, und nicht wie im gemeinen Recht eine Thätigkeit seinerseits, der Antritt, erfordert wird. Die Vererblichkeit ist also eine unmittelbare Folge der an der Spitze des § genannten Fiktion.

Da sich nun das Fortfallen eines berufenen Erben und die successive Berufung des folgenden beliebig oft wiederholen kann, so gelangen wir zu folgendem Ergebnis: Sämtliche sowohl durch Testament wie durch das Gesetz berufene Erben werden mit dem

Erbfall berufen, jedoch die durch die Besserberechtigten Ausgeschlossenen nur eventuell, d. h. unter der Voraussetzung des Wegfalls eben dieser[1]); so der als Ersatzerbe eingesetzte bei Vorhandensein des Instituten,[2]) die gesetzlichen Erben bei Vorhandensein eines gewillkürten Erben, der entferntere gesetzliche Erbe bei Vorhandensein eines zunächst berufenen näheren gesetzlichen Erben.[3]) Dem allgemeinen Landrecht lag dieselbe Auffassung zu Grunde.[4]) Fällt nun der Besserberechtigte fort, so ist das Hindernis beseitigt und die Berufung des Folgenden, die vorher nur eventuell vorhanden war, wirkt so, als ob sie nie von einer solchen Bedingung abhängig gewesen wäre.

Gegen diese Auffassung wendet sich *Heymann*[5]), indem er ausführt, es sei bei dieser Konstruktion unentschieden, wer eigentlich das Subjekt der Nachlassrechte während der Zwischenzeit sei, d. h. bis sich entschieden hat, wer Erbe sei. Dies ist in der That der Fall und der einstweilige Erbe handelt in dieser Zwischenzeit für denjenigen, welchen es angeht, mag dies nun er selbst oder ein später Berufener sein. *Heymann* meint nun, „richtiger werde das vom BGB. geschaffene Verhältnis so angesehen, dass dem ursprünglich Berufenen zunächst alle Nachlassrechte und

[1]) Dies ist, wie oben dargethan (§ 6) keine eigentliche Bedingung, sondern eine *condicio juris*.

[2]) Die entgegengesetzte Ansicht *Meischeiders* wird uns im § 10 beschäftigen.

[3]) *Meyer* S. 62, *Strohal, Erbrecht* S. 11, 24, *Frommhold* S. 4, *Endemann* III S. 340.

[4]) Vergl. *Dernburg* Pr. Pr. R III S. 502, *Gruchot* S. 120.

[5]) a. a. O. S. 60.

Pflichten resolutiv bedingt wirklich anfallen, während der Nachrückende nur ein suspensiv bedingtes Recht auf den künftigen Erbanfall erwirbt; erfüllt sich dann durch Totgeburt des *Nasciturus*, Ausschlagung oder Erbunwürdigkeit[1]) die Bedingung, so enden die Rechte und Pflichten des ursprünglich Berufenen und das Recht des Nachrückenden trete nunmehr in Kraft, mit anderen Worten, es finde jetzt eine zweite Universalsuccession statt."

Richtig ist zweifellos, dass bei dieser Auffassung die successive Berufung nicht nach dem Momente des Erbfalls geregelt zu werden brauchte, und zweifellos würde durch sie die Idee des *ipso jure*-Erwerbs der Erbschaft insofern konsequent durchgeführt werden, als nunmehr in der That der Anfall unter allen Umständen einen Erwerb herbeiführt, sodass bei Ausschlagung etc. der berufene Erbe nunmehr die Erbschaft an einen Anderen abgeben würde, der an seine Stelle tritt. Wie wir ebenfalls gesehen, verhält sich das BGB. gegen diese Auffassung insofern ablehnend, als es an ihre Stelle eben eine Fiktion treten lässt und damit die gegentheilige Ansicht und aus ihr sich ergebende Folgen verwirft. Das Gesetz durchbricht eben hier den Gedanken des *ipso jure*-Erwerbs der Erbschaft durch die Fiktion, dass der Anfall nicht erfolgt sei[2]) und gegen diese Fiktion, nicht aber gegen die ihr folgenden, wohl unabweisbaren Konsequenzen richten sich die *Heymann*'schen Ausführungen,

[1]) *Heymann* spricht nur von der gesetzlichen Erbfolgeordnung, wir müssen den Fall der Anfechtung der Erbeinsetzung hinzufügen.

[2]) Vergl. auch *Endemann* III S 342.

wie sich auch aus dem auf S. 63 dort Gesagten ergiebt. Dies zeigt sich auch darin, dass die Anschauung der Motive im Gesetz selbst bei Regelung der Ausschlagswirkung stark zum Ausdruck kommt[1]) und dass bei ihr „das bedingte Recht des Nachrückenden ein reines *Superfluum* ist"; dies übersieht *Frommhold*[2]) wenn er meint, „auch bei seiner der *Heymann*'schen entgegengesetzten Auffassung gewinnen wir die wichtigen praktischen Ergebnisse, dass der *nondum conceptus* ausgeschlossen ist und das Recht des Nachrückenden übertragbar ist". Diese Ergebnisse gewinnt *Heymann* ja nicht, sondern sie sind nur eine Folge des bei ihm überflüssigen bedingten Rechtes des Nachrückenden.

Das Nachrücken des entfernteren Erben ist, nach dem BGB., wie *Frommhold*[3]) richtig ausführt, nichts weiter als eine neue Verteilung des Nachlasses unter die sämtlichen mit dem Erbfall teils unbedingt, teils eventuell berufenen Erben, indem nämlich durch den Fortfall eines zunächst Berufenen die eventuellen Berufungen wirksam werden, sodass auch die nunmehr unbedingt Berufenen an der durch den Fortfall der bisher Berufenen nötig gewordenen neuen Verteilung partizipieren.

Das Recht des eventuell Berufenen auf den Anfall zeigt sich aber auch schon vor dem Erbfall darin, dass er schon jetzt in der Lage ist, es wenigstens insofern geltend zu machen, dass er die Erbschaft

[1]) *Heymann* S. 60.
[2]) *Frommhold* S. 11.
[3]) *Frommhold* S. 11.

annehmen und ausschlagen kann. Nach § 1946 kann dies der Erbe, sobald der Erbfall eingetreten ist; es ist hier also nicht erfordert, dass ein Anfall stattgefunden hat[1]); dagegen macht *Kipp*[2]) geltend, dass nach dem Wortlaut dieses § nur der Erbe dies Recht habe, der eventuell Berufene aber noch nicht Erbe sei. Indessen ebenso wie sich aus der Fiktion, dass der Anfall an den Fortfallenden nicht erfolgt sei, ergiebt, dass der eventuell Berufene mit dem Erbfall Erbe geworden ist, und die ihm durch den Fortfall des Vorberufenen anfallende Erbschaft auch auf seine Erben überträgt, ebenso wird durch diese selbe Fiktion, auch bewirkt, dass die von dem eventuell Berufenen abgegebene Erklärung als von dem Erben abgegeben angesehen werden muss. Ob diese Konsequenz vom Gesetzgeber gewollt ist, darüber kann man mit *Kipp* zweifelhaft sein, wenn man die Entstehungsgeschichte dieses § verfolgt; im ersten Entwurf war die Annahme und die Ausschlagung erst mit Beginn der Ausschlagungsfrist möglich, und die zweite Kommission wollte nur diese Beschränkung beseitigen; indessen lässt sich der Wortlaut des § 1946 nicht anders auslegen.[3])

Dagegen kann nicht schon gegen den eventuellen Erben die Anfechtungsklage wegen Erbunwürdigkeit erhoben werden, denn hier heisst es im § 2340 ausdrücklich, dass erst nach dem Anfall der Erbschaftserwerb angefochten werden kann.

---

[1]) So *Strohal* S. 300. *Endemann.*

[2]) *Kipp* Bd. III S. 439.

[3]) Vergl. Protokolle V. S. 624. 626.

Umgekehrt aber ist jeder eventuell Berechtigte befugt seinerseits diese Anfechtungsklage gegen den Erben zu erheben (§ 2341).

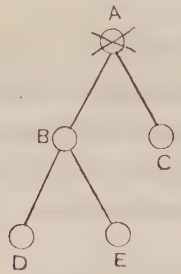
§ 9.

Die Intestaterbfolge.

Wir gehen nunmehr dazu über, zu untersuchen, wer von den zahlreichen, eventuell berufenen Erben im einzelnen Falle durch successive Berufung zur Erbschaft gelangen, zunächst bei der gesetzlichen Erbfolge.

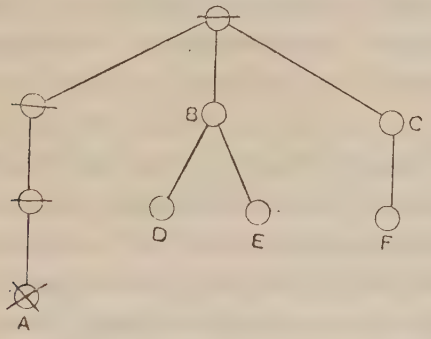
Das Prinzip ist, wie wir festgestellt haben, dass die successive Berufung an denjenigen ergeht, der sofort berufen worden wäre, wenn der Wegfallende nicht vorhanden gewesen wäre.

1. Sind nun in derselben Ordnung noch Verwandte vorhanden, die nur durch den Weggefallenen ausgeschlossen waren, so werden diese berufen, gleichgültig, ob der Weggefallene Alleinerbe gewesen wäre, oder ob er Miterben hatte. Sind also beim Tode des Erblassers A zwei Söhne B und C vorhanden, und B schlägt aus, so werden seine Söhne D und E berufen.



Ein solches Nachrücken der Abkömmlinge ist jedoch nur in den drei ersten Parentelen, in denen

nicht die Gradesnähe, sondern die Zugehörigkeit zu einem Stamme das Entscheidende ist, möglich. In der vierten Parentel (§ 1928), in welcher die Gradesnähe entscheidet, kann es zu einer solchen speziellen Nachberufung nicht kommen, denn hier werden die Abkömmlinge eines wegfallenden Miterben ja nicht nur durch ihn, sondern auch durch die anderen Miterben ausgeschlossen, selbst wenn ihr Vater beim Tode des Erblassers nicht vorhanden gewesen wäre.



Ist also in diesem Falle B z. B, erbunwürdig, so werden D und E nicht berufen, denn der um einen Grad näher mit dem Erblasser verwandte C hätte sie auch ausgeschlossen, wenn B vor A's Tod weggefallen wäre. Fallen dagegen B und C fort, so werden D, E und F berufen und erben zu gleichen Teilen.

Diese successive Berufung der Abkömmlinge entspricht der gemeinrechtlichen *successio graduum.*

2. Sind aber in derselben Ordnung keine Abkömmlinge vorhanden, die nur durch den Wegfallenden ausgeschlossen waren, so fällt die Erbschaft nichtsdestoweniger demjenigen an, welcher sofort berufen worden wäre, wenn der Wegfallende beim Tode des

Erblassers nicht vorhanden gewesen wäre. Dies sind die Mitberufenen des Wegfallenden, und durch den an sie erfolgenden successiven Erbanfall erhöhen sich ihre Erbteile[1]). Dieser successive Erbanfall vollzieht sich auf Grund der mit dem Erbfall an alle Erben ergangenen Eventualberufung[2]); er ist inbezug auf seine Wirkungen mit der Accreszenz des gemeinen Rechts identisch, aber nicht hinsichtlich des Grundes, denn er beruht nicht wie dieser auf dem Satze: *partes concursu fiunt*[3]), sondern er folgt aus den allgemeinen Grundsätzen der Nachberufung[4]). Während im gemeinen Recht der wichtigste Unterschied der Anwachsung von der Nachberufung der war, dass kraft des Satzes *portio portioni accrescit* der Anwachsungsberechtigte den Fortfall des Miterben nicht zu erleben brauchte, sondern sein Recht auf seine Erben übertrug, gilt im BGB., wie wir gesehen haben, durchweg das Gleiche für einen jeden eventuell Berufenen.

Wir haben es hier also mit keinem mit der Nachberufung konkurrierenden Institut der Erhöhung oder Anwachsung zu thun, sondern es liegt ein Spezialfall der Nachberufung vor, indem nämlich die Miterben mit denjenigen, die zur Erbschaft berufen worden wären, wenn der Wegfallende beim Erbfall nicht gelebt hätte, identisch sind. Das BGB. beseitigt also die Konkurrenz und damit jede mögliche Kontroverse

[1]) *Heymann* S. 59, *Matthiass* II S. 459.

[2]) *Meyer* S. 119.

[3]) fr. 80 de leg. 3, *Windscheid* III S. 144.

[4]) *Kipp* III S. 351.

dadurch, dass es ein selbständiges Anwachsungsrecht hier nicht kennt.

Auch der Text des § 1935 giebt uns keinen Anlass von einem Accreszenzrecht der Miterben zu sprechen und zu folgern, dass die Accreszenz hinter der *successio graduum* zurückstehe, wie dies *Lehmann* thut[1]), sondern es heisst im § 1935 nur: „Fällt ein Erbe vor oder nach dem Erbfall weg, und erhöht sich infolgedessen der Erbteil eines anderen gesetzlichen Erben etc. Diese Erhöhung ist eben nur die Folge des Wegfalls eines Miterbens dann, wenn den Miterben der freiwerdende Erbteil durch successive Berufung anfällt[2]).

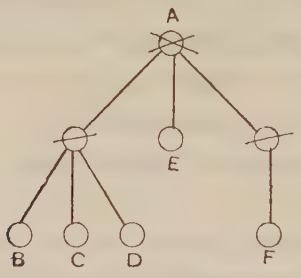
Die Bestimmung des § 1935, dass nämlich hinsichtlich der Vermächtnisse, der Auflagen und der Ausgleichungsfrist der Teil, um den sich der Erbteil erhöht, als besonderer Erbteil gilt, zeigt ebenfalls, dass es sich hier nicht um eine Vergrösserung des ursprünglichen, sondern um einen neu anfallenden Erbteil handelt. Indessen wird die getrennte Behandlung hinsichtlich der Nachlassschulden nur dann durchgeführt, wenn die Erbteile verschieden beschwert sind[3]) (§ 2007).

Wenn ferner der Mitberufene, dessen Erbteil sich erhöht, diese Erhöhung nicht beliebig ausschlagen oder annehmen darf, so beruht das auf den Vorschriften des § 1951, der ein solches Wahlrecht nur bei Verschiedenheit der Berufungsgründe zulässt. Wir werden

[1]) *Enneccerus-Lehmann* II S. 454, 463, 456.
[2]) *Frommhold* S. 19.
[3]) *Heymann* S. 59, *Strohal* Erbrecht S. 530, *Frommhold* S. 69.

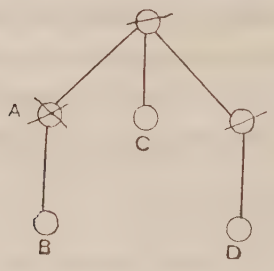
von diesem Paragraphen noch weiter unten zu sprechen haben.

Innerhalb der drei ersten Ordnungen kann es auch hier wieder vorkommen, dass durch den Fortfall eines Erben sich nicht die Erbteile aller Miterben, sondern nur der zu demselben Stamme gehörigen erhöhen.



Ist in dem obenstehenden Beispiel B erbunwürdig, so erhöhen sich durch seinen Fortfall nur die Erbteile von C und D, und nicht die der Miterben E und F.

3. Sind gar keine Verwandten derselben Ordnung mehr vorhanden, so wird die beim Fortfall des Erstberufenen folgende Ordnung berufen, wie sich dies



aus § 1930 ergiebt. Wenn also der Sohn B des Erblassers A ausschlägt, so werden sein Bruder C und sein Neffe D berufen.

Diese Nachberufung entspricht der gemeinrechtlichen *successio ordinum*.

So werden successiv die einzelnen Ordnungen berufen, bis ein Erbe die Erbschaft erwirbt, und dies wird sogar häufig vorkommen, denn wenigstens im Fall der Ausschlagung wird die von einem Erben ausgeschlagene Erbschaft selten so verlockend sein, dass sie der nächste Berufene annimmt, sondern die nunmehr nacheinander zu berufenden Erben werden ebenfalls ausschlagen, bis die Erbschaft an den Fiskus gelangt, der sie behalten muss (§ 1936).

Erbt jedoch der überlebende Ehegatte neben dem fortfallenden Erben (§ 1931), so erhöht sich durch die successive Berufung der folgenden Ordnung auch dessen Erbteil, d. h. die Ehefrau des Erblassers wird nach dem Wegfall ihres Sohnes, neben welchem sie zu einem Viertel erben würde, nunmehr mit den Verwandten der zweiten Ordnung, die zu einhalb berufen werden, ebenfalls successiv zu einem weiteren Viertel berufen. Wird auch aus dieser Parentel niemand Erbe, so wird sie nunmehr in der dritten Ordnung neben den Grosseltern auch auf die eventuellen Abkömmlinge vorverstorbener Grosseltern zukommenden Erbteile berufen; erben auch die Grosseltern nicht, so wird sie nunmehr auf die ganze Erbschaft berufen.

Auch auf diese Erhöhung beziehen sich die §§ 1935, 2007.

§ 10.

Testamentarische Erbfolge.

Wir kommen nunmehr zu der Frage, wer berufen wird, wenn der in einem Testament[1]) eingesetzte Erbe fortfällt.

Derjenige, der berufen worden wäre, wenn der eingesetzte Erbe den Erbfall nicht erlebt hätte, ist der nächste gesetzliche Erbe, dieser und eventuell die entfernteren gesetzlichen Erben werden dann zur Erbschaft berufen.

Indessen ebenso wie das Gesetz für den Fall, dass der zunächst berufene gesetzliche Erbe nicht zum definitiven Erwerbe gelangt, entferntere gesetzliche Erben beruft, so kann auch der Erblasser für den Fall, dass der von ihm eingesetzte Erbe nicht Erbe sein kann oder will, einen anderen als Erben einsetzen, d. h. einen Ersatzerben ernennen.[2])

Im gemeinen Rechte musste, wie wir gesehen haben, der Vulgarsubstitut, wie jeder, der durch successive Berufung die Erbschaft erlangt, den Fortfall des Instituten erleben. Für das BGB. ergiebt sich, wie wir wissen, aus der Fiktion der §§ 1953 2344, 142, dass das Recht dessen, der successiv berufen wird, auf seine Erben übergeht, wenn er in der Zeit zwischen dem Erbfall und dem Wegfall des vor ihm Berufenen, also des eingesetzten Erben, stirbt. Dies wird von *Meischeider*[3]) bestritten mit Hinweis

[1]) Da sich für den Erbvertrag Abweichungen von dem für das Testament zu Sagendem nicht ergeben, gilt das in diesem Paragraphen Gesagte auch für diesen Berufungsgrund.

[2]) *Strohal* Erbrecht S. 92.

[3]) a. a. O. S. 215 ff.

auf § 2074, nach welchem der unter einer Bedingung Bedachte im Zweifel den Eintritt dieser Bedingung erleben muss. Auch *Planck*[1]) vertrat anfänglich diese Meinung, indessen hat er sich in den Erläuterungen zu § 2096[2]) der herrschenden Lehre angeschlossen, dass nämlich auch der Ersatzerbe sein Recht auf seine Erben überträgt[3]). Dies ergiebt sich zunächst daraus, dass wir es hier mit keiner wahren Bedingung, wie dies der § 2074 voraussetzt zu thun haben, sondern, wie wir oben gesehen haben, mit einer *condicio juris*; sodann aber macht *Planck* mit Recht darauf aufmerksam, dass durch die Fiktion, der zunächst Berufene habe den Erbfall nicht erlebt, der Eintritt der Bedingung, unter welcher der Ersatzerbe berufen ist, auf den Erbfall zurückgelegt wird; infolgedessen hat also der Ersatzerbe, wenn er den Erbfall erlebt hat, auch den Eintritt der Bedingung erlebt, sodass auch aus diesem Grunde der § 2074 ausser Betracht bleiben muss.

Indessen kann der Erblasser zweifellos bestimmen, dass der Ersatzerbe nur dann berufen wird, wenn er den Wegfall des Instituten erlebt und ein solcher Wille kann sich auch aus dem Zusammenhang der letzwilligen Verfügung ergeben[4]).

Wird auch der Ersatzerbe nicht Erbe, so werden die weiter etwa eingesetzten Ersatzerben berufen und

---

[1]) a. a. O. S. 239.

[2]) a. a. O. S. 266 ff.

[3]) *Strohal* Erbrecht S. 84, 93, *Frommhold* S. 130. *Endemann* III S. 154, *Herzfelder* S. 329, *Wilke* S. 139.

[4]) *Planck* S. 267, *Strohal* Erbrecht S. 94, *Motive* V. S. 514.

sodann die gesetzlichen Erben. Es giebt jedoch im BGB. Fälle, in denen eine Ersatzberufung vom Gesetz vermutet wird, auch ohne dass der Erblasser eine dementsprechende ausdrückliche Bestimmung getroffen hat.

So heisst es im § 2102 Abs. 1, dass im Zweifel die Einsetzung als Nacherbe auch die Einsetzung als Ersatzerbe enthalte. Fällt also der Vorerbe fort, ohne überhaupt Erbe geworden zu sein, so wird im Zweifel der Nacherbe schon jetzt als Ersatzerbe berufen. Die gleiche Auslegungsregel enthält das Preussische Allgemeine Landrecht[1]). Ist der Nacherbeseinsetzung eine Bedingung beigefügt, so kommt es auf die Absicht des Erblassers an, die er bei Hinzusetzung dieser Bedingung gehabt hat, ob sie aufrecht zu erhalten ist, und die Vermutung des § 2102 Abs. I nicht Platz greift, sondern die gesetzlichen Erben als Vorerben berufen werden, oder ob die beigefügte Bedingung als erledigt zu betrachten ist, und der Berufung als Ersatzerbe nichts im Wege steht.

Lautet die Bedingung etwa: A soll Erbe sein, falls er aber auswandert, soll B Nacherbe sein, so dürfte, wenn A die Erbschaft ausschlägt, B unbedenklich als Ersatzerbe eintreten. Anders wäre es, wenn es heisst: A soll Erbe sein, soll aber die Erbschaft an B herausgeben, wenn sich dieser verheiratet; in diesem Fall ist in der Berufung zum Nacherben keine Berufung zum Ersatzerben zu erblicken, sondern, wenn A ausschlägt, fällt die Erbschaft an die ge-

[1]) *Gruchot* I S. 406, *Motive* V S. 75.

setzlichen Erben des Nachlassers, die sie behalten, wenn B nicht heiratet[1]).

Ebensowenig liegt eine Ersatzberufung des Nacherben vor, wenn ein noch nicht Erzeugter zum Nacherben eingesetzt ist und in dem Zeitpunkt, in welchem der eingesetzte Erbe wegfällt, dieser Nacherbe bereits empfangen ist; denn wenn nunmehr der *Nasciturus* Erbe würde, würde eine solche Ersatzberufung gegen den § 1923 verstossen, da die Erbschaft dem Ersatzerben mit dem Erbfall anfallen soll[2]), also ein Anfall an einem *nondum conceptus* vorliegen würde.

„Das Interesse des Nacherben ist jedoch hier kein erhebliches, da es sich nur darum handeln könnte, den gesetzlichen Erben die Früchte der Zwischenzeit — bis zur Geburt des nunmehrigen *Nasciturus* — zu entziehen (*Motive* a. a. O.)." Denn in der Regel fällt ja nach § 2106 Abs. 2 die Erbschaft ihm mit der Geburt an.

Ein weiterer Fall vermuteter Ersatzberufung wird im § 2069 gegeben. Hier nimmt der Gesetzgeber an, dass, wenn ein bedachter Abkömmling nach der Testamentserrichtung wegfällt, dessen Abkömmlinge soweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an seine Stelle treten würden. Successive Berufung zur Erbschaft kann hier natürlich nur dann vorliegen, wenn der betreffende Abkömmling zum Erben eingesetzt war und nicht bloss nach der

---

[1]) *Endemann* III S. 166, *Motive* Bd. V S. 13.

[2]) Vergl. *Frommhold* S. 134, *Gruchot* I S. 408.

Testamentserrichtung, sondern auch nach dem Erbfall fortfällt. Ein Gegenbeweis ist auch hier zulässig[1]).

Endlich müssen wir uns noch mit der Bestimmung des § 2094 beschäftigen, um zu sehen, ob hier etwa eine Ausnahme der Regel, dass bei Fortfall eines zunächst Berufenen der freiwerdende Erbteil stets durch successive Berufung weiter vergeben wird, vorliegt oder ob wir in der Anwachsung eine Anwendung dieser Regel auf einen speziellen Fall zu erblicken haben.

§ 2094 lautet: „Sind mehrere Erben in der Weise eingesetzt, dass sie die gesetzliche Erbfolge ausschliessen und fällt einer der Erben vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls fort, so wächst dessen Erbteil den übrigen Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile an. Sind einige Erben auf einem gemeinsamen Erbteil eingesetzt, so tritt die Anwachsung zunächst unter ihnen ein.

„Ist durch die Erbeseinsetzung nur über ein Teil der Erbschaft verfügt und findet in Ansehung des übrigen Teils die gesetzliche Erbfolge statt, so tritt die Anwachsung unter den eingesetzten Erben nur ein, soweit sie auf einen gemeinsamen Erbteil eingesetzt sind."

„Der Erblasser kann die Anwachsung ausschliessen."

Das BGB. spricht hier also in der That im Gegensatz zur Intestaterbefolge von einer Anwachsung. Indessen ist diese Anwachsung von dem, was die gemeinrechtliche Doktrin unter Accreszenz versteht, grundverschieden.

[1]) *Planck* S. 235, *Meischeider* S. 181.

Das gemeinrechtliche Anwachsungsrecht bei testamentarischen Erben beruhte auf den Sätzen *„partes concursu fiunt“* und *„nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“*[1]), die Anwachsung war zwingenden Rechts und konnte vom Erblasser nicht ausgeschlossen werden, sondern er konnte sie nur durch Ernennung von Ersatzerben modifizieren; hatte er dies unterlassen, so trat unter allen Umständen Anwachsung ein[2]).

Dem BGB. ist der Satz *„nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“* fremd. und im § 2088 ist die gesetzliche Erbfolge ausdrücklich neben der gewillkürten zugelassen, ebenso wie im Preussischen Rechte und den meisten modernen Gesetzbüchern[3]). Die Folge davon ist, dass bei Fortfall eines berufenen Erben der freiwerdende Erbteil desselben in der Regel an die gesetzlichen Erben fällt.

§ 2094 bestimmt nun, für den Fall, dass mehrere Erben in der Weise eingesetzt sind, dass sie die gesetzliche Erbfolge ausschliessen, soll bei Wegfall eines von ihnen Anwachsung stattfinden. Der Grund dieser Anwachsung ist also der im Testament ausgesprochene oder aus demselben zu entnehmende Wille des Erblassers, dass die eingesetzten Erben den gesetzlichen Erben vorgehen sollen. Dass dem so ist, ergiebt sich ferner daraus, dass der Erblasser die Anwachsung ausschliessen kann.

[1]) § 5 *de her. inst.* 2, 14; *fr.* 7 *de* V S. 50, 16.

[2]) Vergl. *Dernburg* III S. 180, *Fitting* S. 157.

[3]) Vergl. *Gruchot* I S. 373ff.

Die Haupteigentümlichkeit der gemeinrechtlichen Anwachsung ist nun die, dass „der ausfallende Teil nicht bloss denjenigen anwächst, welche zur Zeit des Erbfalls noch leben, sondern auch den Erben, der nach dem Erwerbe Gestorbenen“ [1]). „Gälte dieser Satz nicht“, so fährt *Windscheid* fort, „so wäre es möglich, sich das Verhältnis so vorzustellen, dass der ausfallende Teil durch eine nach gesetzlicher Regel nachträglich eintretende Erstreckung der testamentarischen Berufung d. h. durch eine neue gesetzliche Berufung auf Grund der früheren testamentarischen, den Testamentserben zugelegt würde“.

Zwar gilt im BGB. jener Satz auch, dass nämlich die Anwachsung auch den Erben eines verstorbenen Miterben zu gute kommt, allein dieser Satz ist nichts dem Anwachsungsrechte Eigentümliches, folgt auch nicht aus dem Begriff und liegt nicht schon im Worte, wie dies *Meischeider* behauptet [2]), sondern er ergiebt sich aus den allgemein giltigen Wirkungen des Fortfalls eines Mitberufenen, dass nämlich die Erbschaft so vergeben wird, wie sie zur Zeit des Erbfalls vergeben werden musste [3]). Dieser Satz findet, wie wir gesehen haben, bei der Berufung der entfernteren gesetzlichen Erben, sowie bei der eines Ersatzerben durchweg Anwendung.

Wir können also mit Berücksichtigung des Umstandes, dass die Anwachsung des BGB. auf dem

[1]) *Windscheid* III S. 451; *fr.* 26 § 1 *de condicionibus* 35, 1; *fr.* 9 *de suis et leg. her.* 38, 16.

[2]) a. a. O. S. 201.

[3]) *Strohal*, Erbr. S. 91, *Kipp* III S. 454.

Willen des Erblassers und nicht „auf gesetzlicher Regel“ beruht, *Windscheid's* Argumentation insofern zu eigen machen, dass wir nunmehr sagen: Die Anwachsung des BGB. beruht auf einer durch den Willen des Erblassers erfolgenden, nachträglich eintretenden Erstreckung der testamentarischen Berufung, d. h. auf einer zweiten gewillkürten Berufung, der eingesetzten Erben auf den freiwerdenden Teil; m. a. W. die Anwachsung ist die Folge „einer auf ergänzender Rechtsvorschrift beruhenden und durch den vermutlichen Willen des Erblassers innerlich gerechtfertigten wechselseitigen Substitution der Miterben[1])“.

Die Bestimmung, dass die Anwachsung zunächst unter den auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzten Erben eintritt, und dass sie unter diesen auch dann eintritt, wenn im übrigen neben der testamentarischen die gesetzliche Erbfolge eintritt, zeigt ferner deutlich, dass das Gesetzbuch in diesem Fall annimmt, der Wille des Erblassers gehe dahin, dass, ehe irgend ein anderer diesen Teil bekommt, diejenigen, die von den auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzten Erben übrig bleiben, an die Stelle der Wegfallenden treten sollen.

Die Anwachsung ist also eine Folge der wechselseitigen Substitution der im Testament eingesetzten Erben und ebenso wie die Erhöhung des § 1935 vollzieht sich die Anwachsung durch eine successive

[1]) *Strohal,* Erbr. S. 95 — In *Tr. p. c.* S. 150 weist *Strohal* nach, dass auch im Oesterreichischen Rechte die Accreszenz eintritt zufolge eines vom Erblasser zwar nicht ausgedrückten, vom objektiven Rechte aber als vorhanden angenommenen Substitutionswillens.

Berufung der Miterben auf den freiwerdenden Teil. Wir haben also auch hier einen Fall vor uns, in dem diejenigen, die sofort berufen worden wären, wenn der wegfallende Erbe beim Erbfall nicht gelebt hätte, mit den Miterben identisch sind. Die Bestimmungen des § 2094 sind demnach denen der §§ 2069, 2102 Abs. 1 zur Seite zu stellen und ergeben einen dritten Fall präsumtiver Ersatzberufung. Der § 2099: „Das Recht des Ersatzerben geht dem Anwachsungsrechte vor", drückt bei unserer Auffassung eine eigentlich selbstverständliche Konsequenz aus, nämlich die, dass der in der Ernennung eines Ersatzerben erkennbare Wille des Erblassers seinem nur gesetzlich vermuteten Willen vorgeht.

Die Bestimmungen der §§ 2095 und 2007 sind mit denen, die für den § 1935 gelten, identisch.

§ 11.

Der Fall des § 1952, Abs. 3.

Aus den bisherigen Erörterungen ergiebt sich, wer im einzelnen Fall zur Erbschaft berufen wird, wenn der zunächst Berufene fortfällt. Nun sagt aber der § 1952, Abs. 3: „Von mehreren Erben des Erben kann jeder den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Erbschaft ausschlagen. „Wenn nun einer der Erbeserben den seinem Erbteil entsprechenden Teil der ersten Erbschaft ausschlägt, so fragt es sich, wer nunmehr zu diesem freiwerdenden Erbteil berufen wird, ob der annehmende Miterbe des Erbeserben, oder derjenige, der berufen worden wäre, wenn der erste Erbe den Erbfall nicht erlebt hätte.

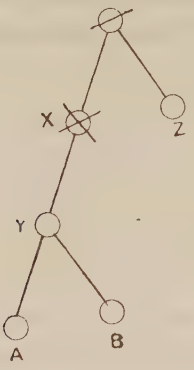
Bei gesetzlicher Erbfolge kann sich innerhalb der drei ersten Ordnungen ein solcher Zweifel aus dem Grunde nicht ergeben, weil hier Miterbe des Erbeserben und derjenige, der berufen wäre, wenn der erste Erbe vor dem Erbfall gestorben wäre, dieselbe Person ist.

Wenn also der Erblasser A von seinen Söhnen B und C beerbt wird, B jedoch innerhalb der Ausschlagungsfrist stirbt und seine Söhne E und D seine Erbschaft annehmen, E aber seinen Anteil an der Erbschaft des A ausschlägt, so erhält in jedem Fall D diesen freiwerdenden Teil, sei es nun als Miterbe des E, oder als derjenige, der berufen worden wäre, wenn B vor dem Erblasser weggefallen wäre.

Falsch ist daher auch, das von *Strohal*[1]) gewählte Beispiel: „Beim Tode des X tritt gesetzliche Erbfolge ein. Als nächster Erbe kommt dessen Sohn Y in Betracht, als zweitnächster (also nur eventuell) des Erblassers Bruder Z. Noch bevor eine Entscheidung über Annahme und Ausschlagung der Erbschaft

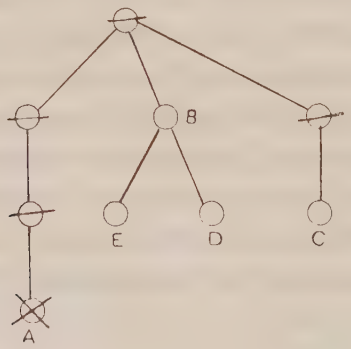
[1]) a. a. O. S. 308.

des X getroffen wird, stirbt Y. Er wird von seinen Kindern A und B als seinen nächsten gesetzlichen Erben beerbt etc. Die Behauptung, Z käme als zweit-



nächster Erbe in Betracht ist unzutreffend, denn zweitnächster Erbe des X sind hier A und B, die nächsten Erben des Y, sodass in jedem Falle der Anteil an der Erbschaft des X, den B ausschlägt, dem A zufällt, und Z überhaupt nicht in Betracht kommt.

Anders liegt es aber in folgendem Falle: Der Erblasser A wird von seinem Grossoheim B beerbt, B stirbt innerhalb der Ausschlagungsfrist und E schlägt



den seinem Erbteil entsprechenden Anteil an der Erbschaft des A aus; nunmehr ist es fraglich, ob dieser Teil dem D anfällt oder dem C, der, wenn B vor A weggefallen wäre, mit E und D zusammen den A beerbt hätte.

Ebenso liegt es, wenn der Erblasser A den B als Erben eingesetzt hat und den C als Ersatzerben. B stirbt und sein Erbe E schlägt den auf ihn fallenden Teil der Erbschaft des A aus, fällt dieser Teil an den C, der hier in der That als zweitnächster Erbe des A in Betracht kommt oder an den Miterben des E?

Ist nur ein Erbeserbe vorhanden und schlüge dieser die erste Erbschaft aus, so hat das zweifellos dieselbe Wirkung, als hätte schon der erste Erbe ausgeschlagen. Wenn nun das Gesetzbuch bestimmt, dass von mehreren Erbeserben jeder den seinem Erbteil entsprechenden Anteil ausschlagen kann, so bewirkt diese besondere Vorschrift, dass bei Ausschlagung eines von mehreren Erbeserben eben dasselbe eintritt, wie wenn der erste Erbe einen Teil der Erbschaft des A angenommen hätte und einen andern Teil ausgeschlagen hätte. Dies hätte allerdings zu Lebseiten des B nicht eintreten können, da nach § 1950 die Annahme und Ausschlagung nicht auf einen Teil der Erbschaft beschränkt werden könne; von diesem Grundsatz macht aber eben der Abs. 3 des § 1952 für die Erbeserben eine Ausnahme, und es ist der freiwerdende Teil der Erbschaft des A nunmehr so zu vergeben, als ob der B zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte und ihm infolgedessen diese Hälfte garnicht angefallen wäre, d. h. dieser Teil fällt an den Ersatz-

erben, an den Miterben des B, an die nächsten Intestaterben des A, nicht aber an den Miterben des ausschlagenden E[1]).

Dieses Ergebnis wird indessen bestritten. Zunächst behauptet *Oertmann*[2]) die Ausschlagung des Erbeserben habe nach § 1953 die Wirkung, dass er als zur Zeit des Erbfalls nicht lebend angesehen wird. Dazu berechtigt uns jedoch der § 1952 nicht, denn wenn auch hier das Recht der Ausschlagung, das nach § 1946 dem Erben zusteht, für vererblich erklärt wird, so übt der Erbeserbe doch nur ein seinem Erblasser zustehendes Recht aus und wird nicht selbst Erbe des ersten Erblassers, ihm fällt die Erbschaft des A ja garnicht an, also kann dieser Anfall doch auch nicht als nicht erfolgt gelten. Der beste Beweis dafür ist, dass Erbeserbe auch ein zur Zeit des ersten Erbfalls noch nicht Erzeugter sein kann.

Derjenige also, der als nicht vorhanden zu betrachten ist, ist B und nicht E. — Wenn *Oertmann* meint, dies stände im krassen Widerspruch zu der vermutlichen Absicht des E, der dem ihm näherstehenden D etwas zuwenden wolle, so lässt sich erwidern, dass es bei der Wirkung der Ausschlagung auf eine Absicht des Ausschlagenden durchaus nicht ankommt, sie kann ja nach § 1947 nicht einmal unter einer Bedingung erfolgen.

Ein anderes Argument gegen die von uns vertretene Meinung wird von *Strohal* und *Herzfelder*

---

[1]) *Hachenburg* S. 656, *Planck* S. 48, *Binder* S. 136, *Goldmann-Lilienthal* S. 319, *Kipp* III S. 442, *Wilke* S. 26, *Motive* V, S. 493.

[2]) a. a. O. Bd. XIV S. 366, Bd. XV S. 443.

geltend gemacht.[1]) Sie weisen darauf hin, dass zwischen den Erbeserben eine Gemeinschaft zur gesammten Hand bestehe (§ 2032), der Nachlass des A gehöre zu dem Gesammtvermögen, da er einen Teil des Nachlasses des B bilde; ferner schliesse der § 1950 eine teilweise Ausschlagung der Erbschaft aus, schlage also der Erbeserbe E seinen Anteil an der Erbschaft des A aus, so könne man den B nicht mehr als Ausschlagenden behandeln und der Teil des Gesamtvermögens, von welchem der E sich losgesagt hat, falle dem anderen Gesamthänder zu.

Diese Beweisführung kann jedoch als stichhaltig nicht erachtet werden, denn ihre Voraussetzungen, dass nämlich das Gesamtverhältnis der Erbeserben in Bezug auf die erste Erbschaft fortbestehen muss, und dass an dem Grundsatz des § 1950 nicht gerüttelt werden darf, sind es ja gerade, die durch die Bestimmung des § 1952 Abs. 3 durchbrochen werden, und dass man trotz dieser offenkundigen Ausnahme tunlichst an ihnen festhalten soll, bedarf erst noch des Beweises.

Das weitere Argument *Strohals*, die entgegengesetzte Meinung führe zu Resultaten, die mit den §§ 1924 ff., 1930 in Widerspruch ständen, ist schon oben widerlegt worden.

§ 12.

Wirkungen des successiven Erbfalls.

aa. Annahme und Ausschlagung.

Der Anfall an den successiv berufenen Erben erfolgt selbstverständlich ebenso wie der an den zu-

[1]) *Strohal* Erbr. S. 310, ebenso *Herzfelder*.

nächst Berufenen unbeschadet des Rechts der Ausschlagung.

Ein solcher Anfall findet jedoch nicht statt, wenn derjenige, der nunmehr der nächste Erbe wäre, nach dem Erbfall, aber vor dem Wegfall des zunächst berufenen Erben ausgeschlagen hat. (Vergl. oben § 10.) Hat also der Bruder des Erblassers dem Nachlassgerichte gegenüber erklärt: ich schlage die Erbschaft meines Bruders aus, obwohl er noch nicht berufen war, da ein *Nasciturus* vorhanden war, so fällt ihm bei Totgeburt desselben die Erbschaft erst garnicht an, sondern es wird der nach ihm Nächstberechtigte berufen.

Wenn ferner der ausschlagende Erbe durch successive Berufung aus einem anderen Berufungsgrunde wiederum zur Erbschaft berufen wird, so kann er zwar ebenso wie im gemeinen Rechte[1]) die Erbschaft aus der successiven Berufung annehmen (§ 1948), indessen erstreckt sich nach § 1949 Abs. 2 die Ausschlagung im Zweifel auf alle Berufungsgründe, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt waren. — Hat also der im Testament zum Erben eingesetzte Sohn des Erblassers die Erbschaft ohne Einschränkung ausgeschlagen, und kommt es zur gesetzlichen Erbfolge, so wird der Sohn nicht wieder berufen, sondern der ihm folgende Intestaterbe.

Als bekannt wird auch derjenige Berufungsgrund anzusehen sein, der insofern eine mittelbare Folge der Ausschlagung ist, als erst durch das Fortfallen eines

---

[1]) *Dernburg* III S. 180.

anderen Berufenen die Berufung aus ihm erfolgt: so z. B. wenn in dem erwähnten Fall die Berufung des gesetzlichen Erben erst eintritt, nachdem der eingesetzte Ersatzerbe nicht Erbe geworden ist[1]); denn der Berufungsgrund ist hier das Gesetz, das ihn als Verwandten des Erblassers beruft und dieser Berufungsgrund war ihm vorher bekannt.

Herzfelders abweichende Meinung hat ihren Grund darin, dass für ihn Berufungsgrund nicht das Gesetz ist, sondern der konkrete Thatbestand, aus dem sich die Erbberechtigung ergiebt. Bei dieser Auffassung ist es konsequent, wenn er sagt: der ausschlagende Erbe konnte in diesem Fall nicht die Umstände vorher sehen, aus denen sich für ihn ein Berufungsgrund in diesem Sinne ergeben konnte. Indessen wird diese Interpretation des Wortes „Berufungsgrund" mit Recht fast allseitig verworfen. Denn ebenso, wie im § 1951 Abs. 2 mehrere Testamente oder mehrere zwischen denselben Personen geschlossene Erbverträge als ein Berufungsgrund angesehen werden, beruht die Intestaterbfolge auf einem einzigen Berufungsgrunde, dem Gesetz, das die Verwandten und den Ehegatten in bestimmter Reihenfolge beruft[2]).

Der Fall, dass ein gesetzlicher Erbe, der verschiedenen Ordnungen angehört oder der als Ehegatte

---

[1]) *Planck* S. 45, *Cosack* III S. 107, *A. M. Herzfelder* S. 73, *Matthiass* II S. 536.

[2]) *Planck* S. 47, *Strohal*, Erbr. S. 305, *Goldmann-Lilienthal* S. 326, *Wilke* S. 25, *Matthiass* II S. 536, *Frommhold* S. 30, *Enneccerus-Lehmann* S. 473, *Boehm* S. 256. Ebenso wie *Herzfelder*, *Kipp* III S. 441; *Binder* S. 111; *Cosack* II S. 708 sieht in der Ehe und der Verwandtschaft zwei verschiedene Berufungsgründe.

berufen wird, ausschlägt und nachher durch successive Berufung wiederum berufen wird, wird bei der hier vertretenen Ansicht von der Bestimmung des § 1949 Abs. 2 nicht betroffen. *Planck* und *Strohal* meinen nun, dass einer analogen Anwendung der fraglichen Bestimmung auf diesen Fall nichts im Wege stände[1]). Wenn wir jedoch bedenken, dass im § 1948 hervorgehoben wird, dass bei Verschiedenheit der Berufungsgründe der Berufene das Recht der Wahl hat und dass ferner die Berufung des BGB. mit dem Erbfall an alle, auch die eventuellen Erben erfolgt, so kommen wir zu dem Resultat, dass hier, wo derselbe Berufungsgrund vorliegt, die erste Ausschlagung sich nicht nur im Zweifel, sondern *ipso jure* auch auf den Fall erstreckt, dass der ausschlagende als Mitglied einer folgenden Parentel wiederum berufen wird[2]).

Wird endlich durch die successive Berufung ein Erbe berufen, der schon vorher zu einem anderen Erbteil berufen war, so kann er nur den einen Erbteil annehmen und den anderen ausschlagen, wenn die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht oder der Erblasser es eben durch Verfügung von Todeswegen gestattet hat (§ 1951). Wird daher der Neffe des Erblassers, der im Testament auf die Hälfte eingesetzt war, während im Uebrigen die Intestaterbfolge eintrat, nunmehr da aus der ersten Ordnung keiner Erbe wird, als Verwandter der zweiten Ordnung berufen, so ist ihm freigestellt, ob er den neuen Teil

---

[1]) *Planck* S. 45, *Strohal*, Erbr. S. 302.

[2]) *Frommhold* S. 30, auch *Planck* weist auf die Möglichkeit dieser Auffassung hin.

annehmen oder ablehnen will; wird dagegen der im Testament eingesetzte Erbe als eingesetzter oder präsumtiver Ersatzerbe auf einen weiteren Erbteil berufen, oder wird die Ehefrau des Erblassers, nachdem die Berufung der ersten Ordnung erfolglos verlaufen ist, nunmehr neben der zweiten Parentel zu einem weiteren Viertel und vielleicht noch dazu in ihrer Eigenschaft als Nichte des Erblassers zu einem dritten Erbteil berufen, so muss sie hinsichtlich dieser Erbteile ebenso verfahren, wie beim ersten und hat nicht das Recht nach Belieben anzunehmen oder auszuschlagen; ebenso verhält es sich bei successiver Berufung der Miterben auf einen freiwerdenden Teil.

Anders war es im gemeinen Recht. Eine Beerbung auf Grund verschiedener Berufungsgründe konnte nur bei Konkurrenz von Erbvertrag und Intestaterbfolge eintreten[1]), da eine solche zwischen Testament und Intestaterbfolge durch den Satz *nemo pro parte etc.* ausgeschlossen war. Eine Beerbung auf Grund zweier Testamente war fernerhin unmöglich, da die Errichtung eines neuen Testamentes das frühere aufhob[2]).

Es wird also ein Erbe, der schon vorher zu einem Erbteil berufen war, zu einem neuen Erbteil nur berufen, wenn er in demselben Testamente sowohl auf einen Teil eingesetzt als auch auf einen anderen substituirt war, unter gewissen Voraussetzungen ist jedoch auch bei der Intestaterbfolge die Berufung zu einem

---

[1]) *Dernburg* III S. 105.

[2]) § 2 *quibus modis testamenta infirmantur* 2, 17.

weiteren Erbteile möglich, und es gilt in diesen Fällen der Satz, dass die Antretung eines Erbteils die der übrigen später anfallenden Teile in sich schliesst, natürlich muss hier aber der Erbe den Zeitpunkt seiner Berufung zu diesem weiteren Erbteil erleben[1]).

Für die Ausschlagung gilt diese Regel nicht in dem Falle des einem seiner Miterben substituierten Testamentserben, wie sich dies aus fr. 1 § 5 *si quis ommissa causa* 29, 4 ergiebt: *si proponatur idem et institutus et substitutus et praeterniserit institutionem, an incidat in edictum quaeritur et non puto incidere quasi testator hanc ei dederit facultatem qui eum substituit*[2]).

§ 13.

bb. Stellung des succesiv berufenen Erben gegenüber dem bisherigen Erben.

Die Wirkungen des successiven Erbanfalls sind die, dass der Anfall an den bisherigen Erben als nicht erfolgt gilt und der an den neuen Erben mit dem Erbfall stattgefunden haben soll. Durch diese Fiktion wird zugleich bewirkt, dass die durch Konfusion erloschenen Rechte als nicht erloschen gelten, sondern fortbestehen.

Der einstweilige Erbe gilt als nie Erbe gewesen, und es müssen infolgedessen auch diejenigen Rechtsgeschäfte, die er als solcher vorgenommen hat, nichtig

[1]) *Dernburg* III, S. 105, *Windscheid* III, S. 435. Anders ist es, wie wir wissen, bei der Accreszenz, die jedoch keine successive Berufung ist.

[2]) *Dernburg* III S. 329, *Köppen* S. 100, *Arndts* S. 955, *A. M. Windscheid* III S. 435.

sein. Indessen wird der gutgläubige Dritte, der von einem solchen Erben Nachlasssachen erworben hat, geschützt durch die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892, 893) und über den Erbschein (§ 2365, § 2366). Dagegen schützt der § 932 den Erwerber in der Regel nicht[1]), denn der Scheinerbe verfügt ja über eine Sache, die dem wahren Eigentümer, dem Erben, abhanden gekommen ist, da Eigentum (§§ 1922, 1942) und Besitz (§ 857) mit dem Erbfall auf diesen übergegangen sind[2]). Hat aber z. B. der Scheinerbe schon zu Lebzeiten des Erblassers die Sache als Mieter, Pächter, Entleiher, etc., in Besitz gehabt, so greifen allerdings die Bestimmungen des § 932 zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers Platz. Zu weit geht es daher, wenn *Kipp*[3]) annimmt, dass „derjenige, der vom provisorischen Erben eine bewegliche Sache erwirbt, indem er sie ohne grobe Fahrlässigkeit für nicht zur Erbschaft, sondern aus anderem Grunde dem Erben gehörig hält, definitiv Eigentum erwirbt". Für den Fall der Ausschlagung trifft das B. G. B. im § 1959 weitergehende Vorschriften, die uns weiter unten noch beschäftigen werden.

Der erste Entwurf hatte auch in Anbetracht dessen, dass er einen Erbschein nur bei gesetzlicher Erbfolge kannte, demjenigen, der sich mit einem Erben, dessen Erbeseinsetzung angefochten worden war, eingelassen hatte, einen umfassenderen Schutz gewährt[4]),

[1]) Abweichend *Goldmann-Lilienthal* S. 329.

[2]) *Strohal,* Erbr. S. 380, *Haehenburg,* Vorträge S. 657.

[3]) a. a. O. III S. 443.

[4]) § 2091 des ersten Entwurfs, vergl. dazu Motive V S. 600, Protokoll V S. 727—728.

während für die Erbunwürdigkeit entsprechende Vorschriften fehlten[1]).

Das B. G. B. kennt jedoch solche Bestimmungen nicht, da dem eingesetzten Erben ebenfalls ein Erbschein erteilt werden kann (§§ 2353, 2355) und dem Dritten auch hier die §§ 2365, 2366 zu Gute kommen.

Scherer[2]) bestreitet dies für den Erbunwürdigen, er behauptet: durch die rechtskräftige Erklärung der Erbunwürdigkeit wurden die Verfügungen des Erbunwürdigen nicht hinfällig, da er bis dahin Erbe gewesen sei. Diese Auffassung lässt sich gegenüber dem § 2344 nicht halten, da nach diesem der Anfall als nicht erfolgt gilt und die Erbschaft an den wahren Erben als zur Zeit des Erfalls angefallen fingirt wird. Dadurch ist den Verfügungen des Erbunwürdigen gleichsam der Boden entzogen, in dem sie wurzeln.

Im Falle der Ausschlagung wird der provisorische Erbe in der Regel einen Erbschein nicht besessen haben, da in dem Antrag auf Ausstellung eines solchen eine Annahme zu erblicken wäre (§ 1943), es könnte nur möglich sein, wenn er die erfolgte Annahme nachher angefochten hat (§ 1957). Dagegen kann sowohl dem anfechtbar eingesetzten Erben, wie dem Erbunwürdigen sehr wohl ein solcher erteilt sein. Der *Nasciturus* kann natürlich nie einen Erbschein haben, indessen kommen ja für ihn die hier besprochenen Möglichkeiten garnicht in Betracht, da der für ihn handelnde Nachlasspfleger als Vertreter desjenigen, welcher Erbe wird (§ 1960, Abs. 2) handelt, die von

[1]) Motive V S. 602.
[2]) a. a. O. S. 448.

ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte also unter allen Umständen aufrecht erhalten bleiben.

Der Besitz des Scheinerben, den er auf Grund des § 857 mit dem Anfall erlangt hat, gilt ferner als nicht erlangt. Hat der Scheinerbe indessen Nachlassgegenstände bereits tatsächlich ergriffen, so ist er verpflichtet sie dem wahren Erben herauszugeben, denn er hat sie ja auf Grund eines ihm nicht zustehenden Erbrechts erlangt (§ 2018); er ist ferner nach § 2020 auch zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen verpflichtet. Was die Verwendungen betrifft, so ist der gutgläubige Erbschaftsbesitzer durch den § 2022 insofern besonders günstig gestellt, dass er auch solche Verwendungen, die er nicht für die einzelnen herauszugebenden Sachen, sondern für die Erbschaft als solche, insbesondere auch für die Berichtigung von Nachlassschulden gemacht hat, in Abzug bringen darf.

Dieser gute Glaube ist bei dem Erben, dessen Einsetzung angefochten worden ist, dann vorhanden, wenn er den Grund der Anfechtbarkeit weder kannte noch kennen musste. Auch der Erbunwürdige kann, obwohl die Anfechtungsgründe des § 2339 alle so beschaffen sind, dass er sie kennt oder kennen muss, in gewissen Fällen gutgläubiger Erbschaftsbesitzer sein, so wenn er irrtümlich geglaubt hat, es sei ihm verziehen oder es läge eine der Einschränkungen des § 2339 Abs. 2 vor[1]).

---

[1]) Diese Möglichkeit wird wohl von *Kipp* (a. a. O. III S. 496) und *Schindlbeck* (S. 69) übersehen. Auch die Motive wollen hier nur bei dem Erben des Unwürdigen eventuell guten Glauben in Betracht kommen lassen (V S. 523. 524).

Häufiger waren im gemeinen Recht die Fälle, in denen der Erbunwürdige auch ohne sein Wissen erbunwürdig war. Für den Fall des bösen Glaubens war er jedoch noch dadurch besonders ungünstig gestellt„ dass seine durch Konfusion erloschenen Rechte nicht wieder aufleben, so fr. 88, fr. 17, fr. 18, *de his quae ut indignis auferunter* 24, 9[1]). Wir dürfen indessen nicht vergessen, dass bei Erbunwürdigkeit im gemeinen Rechte ja auch keine successive Berufung eintrat, sonst wäre diese Vorschrift eine völlig unmotivierte Belohnung des Nächstberufenen.

Der Erbunwürdige und der anfechtbar eingesetzte Erbe erfreuen sich also, falls sie nicht in gutem Glauben waren, der weitgehenden Impenseneinrede des § 2022 nicht. Aus den §§ 2024, 2023 ergiebt sich, dass sie zunächst nur für die auf einzelne Nachlassgegenstände, und nicht für die auf den gesamten Nachlass gemachten Verwendungen, Ersatz verlangen können und auch für diese nur soweit sie notwendig gewesen sind und nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 2024, 2023 in Verbindung mit §§ 694, 677 ff.) Ersatz zu leisten ist.[2])

Betreffs der Nutzungen erstreckt sich ihre Haftung auch auf die *fructus percipiendos* wie im gemeinen Rechte (§§ 2023, 994, 990, 987). Haben sie Nachlassschulden bezahlt, so können sie nicht von dem wahren Erben Ersatz verlangen, sondern müssen sich an den

[1]) *Windscheid* III S. 693, *Köppen* S. 156, *Arndts* S. 959.

[2]) *Leonhard*, der Erbschaftsbesitz S. 71. *Kipp* III S. 515, *Endemann* III S. 454.

betreffenden Erbschaftsgläubiger behufs Rückgabe des Geleisteten halten[1]).

Was nun endlich den Ausschlagenden betrifft, so ist er einerseits kein gutgläubiger Erbschaftsbesitzer, denn so lange er sich noch seine Entscheidung vorbehält, weiss er wohl, dass er noch nicht definitiv Erbe geworden ist; andererseits lehnen es die Motive mit Recht ab, ihn als bösgläubigen Erbschaftsbesitzer zu behandeln.[2]) Denn so lange er nicht ausgeschlagen hat, ist er Erbe und es hängt von seiner freien Entschliessung ab, ob er es bleiben will oder nicht. Er ist auch nicht verpflichtet für den Nachlass zu sorgen, im Gegenteil, in einer solchen Fürsorge könnte nur all zu leicht eine Annahme zu erblicken sein, und es wäre daher durchaus ungerechtfertigt, ihn für *fructus percipiendos* haften zu lassen. Das Argument der Motive, „man dürfe den ausschlagenden Erben nicht schlechter stellen als den Nachlasspfleger", und die sich daraus ergebende Aufrechterhaltung sämtlicher dinglicher Rechtshandlungen desselben,[3]) wie sie der erste Entwurf im § 2056 festsetzte, ist dagegen von der Kritik mit Recht als zu weit gehend abgelehnt worden, da der Nachlasspfleger als Vertreter dessen handelt, welcher Erbe wird, während der Ausschlagende zunächst nicht verpflichtet ist, sich um den Nachlass zu kümmern, sodann aber auch sich nur auf ein nach rückwärts hin erlöschendes Recht schützen kann[4]).

---

[1]) Ebenso *Schindlbeck* S. 68.
[2]) Motive V S. 536 ff.
[3]) Ebenda.
[4]) *Eck* S. 4ff., *Wilke* S. 30. Protokolle V S. 659ff.

Der § 1959 trifft hier nun folgende Bestimmungen: Auf das Verhältnis zwischen dem definitiven Erben und dem ausschlagenden, der erbschaftliche Geschäfte besorgt hat[1]), finden die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677 ff.) entsprechende Anwendung.

Auch ohne die hiernach notwendige Genehmigung des definitiven Erben (§§ 684, 683), werden die Verfügungen des Ausschlagenden über Nachlassgegenstände aufrecht erhalten, wenn sie nicht ohne Nachteil für den Nachlass verschoben werden konnten (1959, Abs. 2)[2]).

Endlich bleiben auch dem Erben gegenüber solche Rechtsgeschäfte Dritter wirksam, die gegenüber dem Erben als solchem vorgenommen werden mussten, wenn sie vor der Ausschlagung dem Ausschlagenden gegenüber vorgenommen worden sind. (1959, Abs. 3).

Im gemeinen Rechte erwirbt der *heres extraneus* die Erbschaft erst durch Antritt, der allerdings auch in Handlungen erblickt werden kann — *pro herede gestio*[3]).

Will er während einer ihm auf Antrag der Nachberufenen[4]) oder anderer Berechtigten vom Gericht gesetzten Deliberationsfrist ohne Praejudiz erbschaft-

[1]) Es kann sich natürlich nur um solche erbschaftlichen Geschäfte handeln, in denen keine Annahme zu erblicken ist.

[2]) Ebenso A. L. R. vergl. *Gruchot* I S. 81. *Dernburg* Pr. Pr. R. III S. 604.

[3]) *fr. 20 de A. vel. O. H. 29, 2.*

[4]) *Windscheid* III S. 422, *Köppen* S. 138, *Sintenis* III S. 497.

liche Geschäfte vornehmen, so bedarf er dazu gerichtlicher Autorisation[1]).

Beim volljährigen *suus* ist als Einmischung dasselbe anzusehen was beim *heres extraneus pro herede gestio* ist[2]).

Der minderjährige *suus* geniesst das *beneficium abstinendi* aber auch noch, wenn er sich eingemischt hat[3]): es bleiben dann die inzwischen *bona fide* von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen bestehen[4]).

II. Abschnitt.

Die Nacherbfolge.

§ 14.

Universalfideikommiss und Pupillarsubstitution.

Es bleibt uns nun noch übrig, den Fall successiver Berufung zur Erbschaft zu besprechen, den wir oben aus unseren Betrachtungen vorläufig ausgeschieden hatten, den Fall nämlich, dass ein neuer Erbe berufen wird, weil der zunächst Berufene aufhört, Erbe zu sein.

Das gemeine Recht kannte eine solche Beerbung durch zwei zeitlich aufeinanderfolgende Erben nicht, sondern es galt der Satz *semel heres semper heres*. Indes wurde durch das Universalfideikommiss eine ähnliche Wirkung erzielt; wenn hier aber auch die Quellen von einem *heres fideicommissarius* sprechen,

---

[1]) fr. 5 § 1, fr. 7 § 3 *de jure delib.* 28, 8; fr. 5 *de her. pet.* 5, 3.

[2]) *Dernburg* III S. 331, *Brinz* II S. 182.

[3]) *fr. 57, pr. de A vel. O. H. 29, 2.*

[4]) *fr. 44, h. t., fr. 44 de re jud. 42. 1, Dernburg* III. S. 331, *Köppen* S. 199, *Windscheid* III, S. 441.

und durch die *Senatusconsulte Trebellianum* und *Pegasianum* sich sogar die Nachlassgläubiger an den Fideikommissar halten müssen, sobald das erbschaftliche Vermögen restituiert ist, so bleibt es doch auch noch im Justinianeischen Rechte und im gemeinen Rechte dabei, dass der Fiduziar der eigentliche Erbe ist. Dies zeigt sich vor allem darin, dass er bei Restitution der Erbschaft an den Fideikommissar die *Falcidische* oder, wie sie hier genannt wird, die *Trebellianische Quart* abziehen darf, während der Fideikommissar dieses Recht gegenüber den Singularvermächtnisnehmern nicht hat[1]), und dass der Herausgabeanspruch des Fideikommissars ein obligatorischer bleibt[2]). „Wenn also auch das Universalfideikommiss an eine Erbeseinsetzung heranrückt, so kann doch nie das dem civilrechtlichen Gründprinzip durchaus entgegengesetzte Resultat bewirkt werden, dass der Fideikommissar als neuer Erbe völlig an die Stelle des alten trete und dieser so aufhöre Erbe zu sein, als wäre er es nie gewesen[3])." Man kann hier also nicht von einer Berufung des Fideikommissars zur Erbschaft sprechen und das Universalfideikommiss bildet keinen Fall successiver Berufung für das gemeine Recht.

Ein anderes Institut des gemeinen Rechts, das der Nacherbfolge ähnlich ist, ist die Pupillarsubstitution. Ursprünglich fand bei dieser in der That eine wiederholte Beerbung des Erblassers statt, indem auch der

---

[1]) *Windscheid* III S. 678, *Vangerow* II S. 552.
[2]) *Windscheid* III S. 670, *Dernburg* III S. 247, *Köppen* S. 808.
[3]) *Mühlenbruch* bei *Glück* XLIII S. 188.

Pupillarsubstitut Erbe des Erblassers wurde[1]), wie dies auch die übliche Formel zeigt: *si heres non erit sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius heres mihi esto*[2]).

Indessen blieb das Institut auf dieser Entwickelungsstufe nicht stehen, diese ursprüngliche und naheliegende Auffassung musste dem Princip *semel heres semper heres* weichen, und schon in der Kaiserzeit herrscht die Ansicht, dass der Pupillarsubstitut Erbe des Kindes sei und nicht des Vaters, so dass hier ein Testament über zwei Erbschaften gemacht würde, indem der Vater kraft seiner väterlichen Gewalt dem Kinde einen Erben ernennt für den Fall, dass es stirbt, ohne das zur Testamentserrichtung erforderliche Alter erreicht zu haben, so *Gaius* II § 180, fr. 2 § 4 *de vulg. et pup. subst.* 28, 6[3]). Im gemeinen Recht liegt also auch hier keine successive Berufung vor.

§ 15.

Wesen der Nacherbfolge.

Das B. G. B. kennt nun im Gegensatz zum gemeinen Recht eine Aufeinanderfolge zweier Erben. Es wird zunächst ein Erbe berufen, dem die Erbschaft anfällt (Vorerbe); hört er auf Erbe zu sein, so fällt die Erbschaft dem Nacherben an (§ 2139). Dieser Anfall wird jedoch keineswegs auf den Erbfall zurückverlegt und ebensowenig wird der durch den Anfall der Erbschaft bewirkte Erwerb des Vorerben als

[1]) *Vangerow* II S. 177, *Dernburg* III S. 175.

[2]) fr. 1 *de vul. et pup. subst.* 28, 6.

[3]) *Arndts*, S. 925, *Windscheid* III S. 268, *Dernburg* III S. 175.

nicht geschehen betrachtet, sondern es findet nunmehr eine neue Beerbung des Erblassers statt, indem der erste Erbe vom zweiten abgelöst wird.

Der Anfall an den Nacherben tritt mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge ein (§ 2139). *Matthiass*[1]) spricht zwar von einem Anfall an den Nacherben, der regelmässig schon mit dem Erbfall eintrete, die hinzugefügte Erklärung, d. h. „die vererbliche Anwartschaft auf die Erbschaft", zeigt, dass er hier mit dem Worte „Anfall" einen anderen Begriff verbindet, als den der Legaldefinition des § 1942. *Endemann*[2]) lässt uns im Unklaren, indem er einmal sagt, der Anfall finde, wenn lediglich eine betagte Berufung vorliege, die nur die Geltendmachung des Rechts an einen festen Zeitpunkt knüpfe, sofort statt, während er späterhin[3]) den Anfall mit dem Eintritt des Falls der Nacherbfolge erfolgen lässt.

Es ist nun zweifellos, dass unter gewissen Voraussetzungen, das Recht des Nacherben auf seinen Erben übergeht, sich also in der That als ein festes, vererbliches Recht[4]), ein Recht auf Anfall, eine Anwartschaft[5]) darstellt. § 2108 lautet: Stirbt der eingesetzte Nacherbe vor dem Eintritt des Falls der Nacherbfolge, aber nach dem Eintritt des Erbfalls, so geht sein Recht auf seine Erben über, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. Ist

[1]) a. a. O. II S. 472.
[2]) a. a. O. III S. 163.
[3]) a. a. O. III S. 179.
[4]) *Rüger* S. 449.
[5]) *Planck* S. 180, *Herzfelder* S. 342, *Frommhold* S. 132, 138.

der Nacherbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt, so bewendet es bei der Vorschrift des § 2074, d. h. in diesem letzten Fall ist das Recht des Nacherben nur dann vererblich, wenn er den Eintritt der Bedingung erlebt hat.

Diesen Zeitpunkt nun nennt *Strohal* den des Voranfalls an den Nacherben[1]). Wir haben oben gesehen, dass auch der eventuell Berufene ein solches vererbliches Recht hat, welches auf der Fiktion, der Anfall an ihn habe, wenn er überhaupt stattfindet, mit dem Erbfall stattgefunden, beruht. Das vererbliche Recht des Nacherben beruht dagegen wie der § 2108 zeigt auf den vom Gesetz vermuteten Willen des Erblassers. Es ist ferner insofern eigentümlicher Natur als es unter Umständen wieder verloren geht, nämlich, wenn dem als Vorerben eingesetzten kinderlosen Abkömmling des Erblassers nach der Einsetzung Kinder geboren werden (§ 2107) oder wenn die Einsetzung des Nacherben nach § 2109 unwirksam wird.

Wenn wir nun noch dazu die Bestimmung des § 2104 in Betracht ziehen (wenn der Erblasser keinen Nacherben bestimmt hat, so sind diejenigen als Nacherben eingesetzt anzusehen, welche gesetzliche Erben des Erblassers sein würden, wenn er bei Eintritt des Falls der Nacherbfolge gestorben wäre), so erhalten wir folgendes Ergebnis: der Nacherbe wird erst bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge berufen und erst jetzt fällt ihm die Erbschaft an (§ 2139); ist der Nacherbe jedoch zu dieser Zeit schon gestorben, so werden

---

[1]) Erbr. S. 101.

statt seiner seine Erben berufen, wenn kein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist und wenn der Nacherbe den Eintritt einer etwaigen Bedingung erlebt hat (§ 2108 Abs. 2). Es liegt hier also eine ähnliche Ersatzberufung vor, wie die des § 2069, der die Abkömmlinge eines im Testament aber weggefallenen Abkömmlings als Ersatzerben beruft. Der Unterschied zwischen diesen Ersatzberufungen liegt darin, dass der § 2108 Abs. 2 nur in dem Falle beruft, dass der eingesetzte Nacherbe vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge verstorben ist, nicht aber, wenn er aus anderen Gründen wegfällt, während § 2069 bei jedem Wegfall anwendbar ist; andererseits wird nach § 2108, Abs. 2 ein jeder Erbe des Wegfallenden, also auch ein eingesetzter, berufen, nach § 2069 aber nur Abkömmlinge des Wegfallenden.

Nur so, nicht aber aus der sicheren Aussicht auf Anfall[1]), aus der Natur der lediglich betagten Berufung. erklärt sich die Vererblichkeit des Rechts des Nacherben; denn der im Erbvertrag eingesetzte Erbe, bei dem die Berufung und der Anfall doch auch lediglich betagt sind, hat eine solche vererbliche Anwartschaft nicht.

Wir müssen also trotz der Vererblichkeit daran festhalten, dass für den Nacherben der Eintritt des Falles der Nacherbfolge in der Regel dasselbe ist, was für einen anderen Erben der Erbfall. Hiervon macht das BGB. nur insofern eine Ausnahme, als der Nacherbe schon vor Eintritt des Falls der Nacherbfolge

[1]) *Endemann* III S. 163.

die Erbschaft ausschlagen darf (§ 2142 Abs. 1)[1]). Dies liegt einerseits im Interesse des Vorerben, der damit die unbeschränkte Herrschaft über die Erbschaft erlangt, andrerseits muss auch der als Nacherbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte in der Lage sein, mit Eintritt des Erbfalls selbst die Nacherbschaft ausschlagen zu können, um schon jetzt sein Pflichtteil zu verlangen (§ 2306)[2]).

Wir haben es infolgedessen hier nur mit einer singulären, praktischen Bedürfnissen entspringenden Sondervorschrift zu thun, die eine Verallgemeinerung dahin, dass auch die Annahme schon vor dem Eintritt des Falls der Nacherbfolge zulässig sei, da sie nach § 1945 mit dem Erbfall erfolgen kann[3]), deshalb nicht zulässt, weil an Stelle des Erbfalls für die Nacherbfolge der Eintritt des Falls der Nacherbfolge zu setzen ist, § 2142 daher nicht eine Anwendung, sondern eine Ausnahme des § 1946 ist[4]).

Planck begründet diese Auffassung ausführlich, indem er sowohl auf die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen, als auch besonders darauf hinweist, dass in der Möglichkeit der stillschweigenden Annahme für den Nacherben eine Unbilligkeit enthalten sei; „man hätte dann nämlich schon in der Ausübung der dem Nacherben als solchem gegen den Vorerben zu-

---

[1]) *Salinger* S. 146 will hierin eine Folge des festen Rechts des Nacherben sehen, ebenso *Frommhold* S. 154.

[2]) *Planck* S. 318.

[3]) *Strohal.* Erbr. S. 300, S. 115, S. 128, S. 500; *Wilke* S. 162.

[4]) *Planck* S. 319, *Herzfelder* S. 373, *Kipp* S. 680, *Meischeider* S. 382.

stehenden Rechte eine Annahme zu erblicken, die den Nacherben vor die Wahl stellen würde, entweder auf ihre Ausübung zu verzichten oder ihn jetzt schon zur Entscheidung zwingen würde, obwohl sich nicht voraussehen lässt, wie sich die Verhältnisse bei dem möglicherweise erst nach langer Zeit eintretenden Fall der Nacherbfolge gestalten werden[1]."

§ 16.

Der Nacherbe.

Mit dem Eintritt der Nacherbfolge wird also der Nacherbe berufen und die Erbschaft fällt ihm *ipso jure* an, ohne dass es einer Restitution bedarf. Ist kein Nacherbe eingesetzt, so wird angenommen, dass die gesetzlichen Erben des Erblassers nach Massgabe des § 2104 als Nacherben eingesetzt sind. Dass nur diejenigen berufen werden, welche gesetzliche Erben des Erblassers wären, wenn dieser erst jetzt gestorben wäre, ergiebt sich daraus, dass erst jetzt eine Berufung an sie ergeht, und es ist dies ferner mit den Bestimmungen des § 2066 Abs. 2, sowie den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkung bedingter oder befristeter Rechtsgeschäfte (§§ 158, 163) im Einklang[1].

Indessen giebt uns das Gesetz auch hier nur eine Auslegungsregel, und es kann sich sehr wohl aus den Umständen eine anderweite Regelung ergeben. Sind z. B. mehrere Erben in der Weise eingesetzt, dass sie die gesetzliche Erbfolge ausschliessen, und

[1]) *Planck* S. 319.

[2]) *Planck* S. 272, *Frommhold* S. 136; vergl. dagegen die Kritik bei *Hachenburg*, Einsetzung eines Nacherben, S. 10ff.

einer von ihnen unter einer auflösenden Bedingung, so wächst bei Eintritt dieser Bedingung dessen Erbteil den übrigen Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile an (§ 2094)[1]; der Grund dieser Anwachsung ist hier nicht, wie oben, eine vermutete Ersatzberufung derselben, sondern die in dem Ausschluss der gesetzlichen Erben zum Ausdruck gelangende, stillschweigende Einsetzung der Miterben zu Nacherben[1].

Das Gesetzbuch sieht ferner im Zweifel eine Einsetzung eines Nacherben darin, dass eine noch nicht erzeugte Person oder eine juristische Person, die erst nach dem Erbfall zur Entstehung gelangt, zu Erben eingesetzt sind (§ 2101)[3]; in diesen Fällen, sowie dann, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft erst mit dem Eintritt eines gewissen Zeitpunkts oder Ereignisses erhalten soll, oder wenn die Persönlichkeit des Erben erst durch ein nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt werden soll, sind die gesetzlichen Erben die Vorerben. (§ 2105).

Schlägt der eingesetzte Nacherbe die Erbschaft aus, so verbleibt sie dem Vorerben, soweit nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat. Das Recht des Vorerben wird also durch den Fortfall des Nacherben frei, und das Gesetzbuch schliesst sich hier der auch schon für das A. L. R. herrschenden Ansicht an, dass die Erbenstellung nicht absolut, sondern nur relativ durch

[1]) *Planck*, S. 277, *Ströhal*, Erbr. S. 91, 95.

[2]) *Herzfelder*, S. 340, *Frommhold*, S. 136.

[3]) Die Errichtung einer Stiftung, durch letztwillige Verfügung (§ 84) wird hiervon nicht betroffen, sondern die Stiftung wird, wie wir oben gesehen haben, wie ein *Nasciturus* behandelt.

das Eintrittsrecht des bestimmten Nacherben beschränkt ist; der Testator bringt in der Anordnung einer Nacherbfolge zum Ausdruck, dass den beiden Erben der Inbegriff eines Nachlasses mit der aus der Nacherbeseinsetzung sich ergebenden gegenseitigen Beschränkung zugewendet sein soll[1]).

Die anderweitige Bestimmung des Erblassers kann darin bestehen, dass er dem Nacherben einen Ersatzerben substituiert hat, oder dass eine Ersatzberufung nach den Vorschriften der §§ 2069, 2094, 2102 vermutet wird Es kann dies aber auch daraus zu ersehen sein, dass nach den vorliegenden Umständen der Erblasser das Recht des Vorerben nicht zu Gunsten eines bestimmten Nacherben, sondern überhaupt beschränken wollte; in diesem Fall treten dann die gesetzlichen Erben ein.

Ausser dieser im Zweifel nur relativen Beschränkung des Rechts des Vorerben ergiebt sich ferner, dass auch bei Erbunwürdigkeit des Nacherben die Erbschaft beim Vorerben verbleibt[2]).

§ 17.

Stellung des Nacherben gegenüber dem Vorerben.

Mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge erlöschen die Rechte und Pflichten des Vorerben, und die des Nacherben treten nunmehr in Kraft, m. a. W.

[1]) vergl. *Motive* V. S. 121, Für das A. L. R. *Dernburg* Pr. Pr. R. III S. 436, Reichsgericht Bd. XLIII S. 228 ff. *Gruchot* II S. 100. Für das B.G.B.: *Planck* S. 319, *Herzfelder* S. 373, *Frommhold* S. 154.

[2]) *Herzfelder* S. 373, *Frommhold* S. 154, *Enneccerus-Lehmann* S. 584, *Boehm* S. 125, *Salinger* S. 148, *A. M. Endemann* III S. 180.

es findet nunmehr eine zweite Universalsuccession statt [1]).

Von diesem Moment an gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen (§ 2143).

Im Uebrigen sieht das Gesetzbuch in dem Vorerben grundsätzlich einen wahren Erben, abweichend vom ersten Entwurf, nach welchem er sich nicht viel vom Niessbraucher unterschied. Mit Rücksicht auf den Nacherben ist er jedoch hinsichtlich der Verfügung über die Nachlasssachen gewissen Beschränkungen unterworfen (§§ 2113 ff); freier steht er hinsichtlich der Verwaltung (§§ 2131 ff); so haftet er hierfür dem Nacherben nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Die Einzelheiten sind hier vom Gesetz in ausführlicher Weise geregelt. Die Tragweite und Bedeutung der einzelnen fraglichen Bestimmungen zu untersuchen, würde ausserhalb unseres Themas liegen, für das es bei der Nacherbschaft nur auf die Unterschiede zwischen der Konstruktion derselben und der der übrigen Fälle successiver Berufung zur Erbschaft ankommt.

---

[1]) *Heymann* a. a. O. S. 60. wollte, wie wir gesehen haben, auch das Verhältnis zwischen dem einstweiligen und dem definitiven Erben so auffassen.